الموسوعة العصرية
في
الفقه الجنائي الإسلامي

الطبعـــة الأولى
١٤٢١هـ - ٢٠٠١م

© دار الشروق
أسسها محمد المعلم عام ١٩٦٨

القاهرة: ٨ شارع سيبويه المصرى - رابعة العدوية - مدينة نصر
ص. ب: ٣٣ البانوراما - تليفون: ٤٠٢٣٣٩٩
فاكس: ٤٠٣٧٥٦٧ (٢٠٢)
البريد الإلكتروني: email: dar@shorouk, com.

الموسوعة العصرية
فى
الفقه الجنائى الإسلامى

كتاب عبد القادر عودة

مع تعليقات آية الله السيد إسماعيل الصدر

وآراء للدكتور توفيق الشاوى والمشاركين

الجزء الأول من المجلد الأول

من كتاب التشريع الجنائى الإسلامى مقارنًا بالقانون الوضعى

مركز السنهورى

دار الشروق

تقديم
الموسوعة العصرية
فى
الفقه الجنائى الإسلامي
عوده والشاوى

للدكتور محمد سليم العوّا

الشهيد عبد القادر عوده أحد أعلام الفقه الإسلامى المعاصرين، وكتابه فى "التشريع الجنائى الإسلامى" هو الكتاب الأول فى تاريخنا الفقهى الذى يتناول أحكام الفقه الجنائى الإسلامى، بترتيبها الذى تعرفه كتب القانون الحديثة، ومقارنة بنظائرها فى القوانين العصرية، مع معالجة الفقه الإسلامى فى مذاهبه الأربعة، وأحيانا يضيف إليها رأى الإمام ابن حزم الظاهرى .

ومنذ صدور الكتاب، وهو محل احتفاء الباحثين والفقهاء فى أقطار الإسلام كلها، وفى كل موضع يهتم فيه بالفقه الإسلامى والعمل المستمر لتجديده وإحيائه والإفادة منه فى التشريعات المعاصرة .

واكتسب الكتاب أهمية خاصة لسببين : أولهما، أن الفقه الجنائى الإسلامى تُرك تطبيقُه، فى كثير من بلاد الإسلام (باستثناء المملكة العربية السعودية واليمن وإيران وأفغانستان). وقد حلت محله فى الدولة العثمانية تنظيمات سليمان القانونى، ولذلك قلت العناية به، ووقف العمل العلمى لتجديده، إذ إنهما تابعان –عادة– للمصلحة العملية والتطبيق القضائى. وكان حظ الفقه المدنى الإسلامى أفضل كثيرا من نظيره الجنائى الإسلامى، حيث استمر العمل به فى صورة "مجلة الأحكام العدلية" التى تضم "القانون المدنى العثمانى" المستمد من الفقه الحنفى أساسا، والذى طبقته – فضلا عن تركيا – الأقطار الخاضعة للدولة العثمانية. ثم قام المشرعون باستمداد بعض نصوص القوانين المدنية العربية منه، فى مثل موضوعات الشفعة وأحكام الأحوال الشخصية والوقف والميراث والهبة والوصية وسوء استعمال الحق، والتى ما زالت نصوصها القانونية وقضاء المحاكم المبنى عليها تتأثر بمبادئه واجتهادات المذاهب المختلفة فيه؛ الأمر الذى جعل الاهتمام به مستمرا، والعمل العلمى لشرحه وبيانه مفصلا على عكس الفقه الجنائى .

والسبب الثانى لاكتساب كتاب الشهيد عبد القادر عوده أهمية خاصة، هو أنه صدر – فى جزئه الأول – قبيل استشهاده، ثم صدر الجزء الثانى بعد استشهاده بقليل، فكان كأنه كلمة الشهيد ووصيته إلى الأحياء: أنَّ هذا هو الطريق إلى تجديد الفقه الإسلامى وإحيائه. وهى كلمة جاءت فى وقتها، إذ لم تمض خمس عشرة سنة حتى كان الكتاب ملهما رئيسيا للمشرعين والباحثين فى عدد من الدول العربية والإسلامية، ثم ترجم إلى الفارسية والأردية والإنجليزية، وأضاف إليه عدد من العلماء الشيعة مقارنته بالمذهب الجعفرى، وصدرت له عدة طبعات فى إيران . . واستخدم فى أفغانستان، أيام العهد الملكى، ومازال حتى الآن يستخدم على نطاق واسع، فكان معينا لا ينضب للقضاة والمحاميين. أما فى العالم العربي، فإنه لا تكاد مكتبة عامة أو خاصة تخلو من نسخة منه، حتى فاق فى شهرته كتاب شيخنا العلامة محمد أبو زهرة الذى صدر مثله فى جزأين عقب صدور كتاب عبد القادر عوده .

* * *

هذا عن عبد القادر عوده وكتابه. أما أستاذنا الدكتور توفيق الشاوى، فهو وحده أمة. فما من مجال استطاع فيه خدمة الإسلام إلا قدم غاية ما عنده من جهد وفكر ومال وقول وعمل. وهو رائد من رواد القانون الجنائى المعاصر، وأحد أعلام أساتذته فى جامعة القاهرة وفى جامعات المغرب العربي والمملكة العربية السعودية. وكتبه فى فقه الإجراءات الجنائية وفى التعليق على قانون الإجراءات الجنائية المغربى، وبحوثه فى حرمة المساكن والأشخاص وأسرار الحياة الخاصة ونظرية التفتيش ومنع التعذيب، وغيرها، هى مصادر للعلم القانونى الحديث لا يستغني عن الاطلاع عليها مشتغل بالقانون الجنائى.

وقد اهتم منذ سنين بالعمل الفكرى الإسلامى، فأصدر عددا مهمّا من الكتب من بينها موسوعة غير مسبوقة فى "فقه الشورى" طبعت مرات فى سنوات قليلة، وأصدر الطبعة العربية الأولى من كتاب الخلافة لأستاذ الأجيال الدكتور السنهورى بعد أن ترجمها وأضاف إليها تعليقات كثيرة أثارت إعجابا صادقا فى بعض الدوائر، وجدلا ساخطا فى بعضها الآخر. واهتم بالفكر السياسى الشيعى، فأصدر تعليقا نافعا مليئا بالاجتهادات على دروس آية الله خومينى عن "الحكومة الإسلامية" .

ثم ولّى أستاذنا الدكتور توفيق الشاوى وجهه شطر "منزله الأول" القانون الجنائى، واختار درته الفريدة فى العصر الحديث، كتاب عبد القادر عوده، ليصنع منه موسوعة عصرية متجددة للفقه الجنائى الإسلامى، يقول فى وصف هدفه منها : كان هدفى من ذلك أمرين: الأول، أن أبرز ما تضمنه بحثه من معالم التجديد. والثانى، أن أضيف إليه ما استطعت من آراء فى صورة حاشية لتنقيحه، كما لو كان هو قد عاش لينشر الطبعة الثانية مزودة بتجارب السنين التى مضت منذ نشره لأول مرة.

ولأن الكتاب حظى بما أشرنا إليه من اهتمام فى مختلف الأقطار الإسلامية، فقد اختار الدكتور توفيق الشاوى أكمل الطبعات الإيرانية التى علق صاحبها (الإمام المجتهد السيد إسماعيل الصدر) على الكتاب بذكر أحكام المذهب الجعفرى ليكتمل البحث الفقهي فى موضوعات الكتاب كلها بين الفقه السنى والفقه الجعفرى (فقه الإمامية الاثنى عشرية) .

* * *

أعد الدكتور الشاوى موسوعته المكونة من :

- الأصل، وهو كتاب الشهيد عبد القادر عوده .
- تعليقات السيد اسماعيل الصدر، وهو من أئمة المذهب الجعفرى.
- تعليقات الدكتور الشاوى على الأصل وعلى التعليق الشيعى معا .

لا شك فى أن كتاب الشهيد عبد القادر عوده قد فتح الباب للبحث العلمى العصرى فى الفقه الجنائى الإسلامى، وأتاح الفرصة لمئات – وربما لآلاف – الدارسين، لا سيما من الحقوقيين، للنظر فى الفقه الجنائى الإسلامى والإفادة منه بدرجات متفاوتة .

ولكن – لأنه أول عمل من نوعه – لا شك أيضا فى أنه يحتمل أن ترد على بعض آرائه استدراكات كثيرة. ويستلزم النقد العلمى فى دراسة الشريعة مقارنة بالقانون، اجتهادات تخالف بعض ما رجحه من آراء، أو تتبنى آراء اجتهادية جديدة لم يقل بها السابقون من أهل المذاهب الذين عنى الشهيد عبد القادر عوده بالوقوف عند أقوالهم ونقلها والمقارنة بينها .

* * *

وقد تضمن كتابنا "فى أصول النظام الجنائى الإسلامى"– الذى صدر عن دار المعارف – عددا من مسائل النوعين جميعا. كما تضمنت بعض أصول كتابنا "الفقه الإسلامى فى طريق التجديد" الذى صدر عن المكتب الإسلامى فى بيروت – مسائل أخرى .

إن عمل الدكتور الشاوى، وهو يفيد من الجهود الكثيرة التى بذلت منذ صدور كتاب عوده إلى أن أتم هو كتابه، يفتح الباب للإضافات والآراء المغايرة له دون حذف؛ فهو لم يصدر كتابه إلا بعد عقد جلسات مشاورة مطولة مع عدد من أساتذة القانون الجنائى ومن المهتمين بالفقه الإسلامى الذين وعدوه بالمساهمة فى أبحاث الموسوعة، وأعد عدة مشروعات للكتاب كان فى كل مرة يطورها حسب ما تسفر عنه المشاورات العلمية .

وهو يقول فى مقدمته: وقد دعوت بعض زملائى الذين شاركونى فى تقدير أهمية إعادة نشر الكتاب إلى مشاركتى فى هذا المشروع وإضافة ما يرونه من بحوث تزيد من فائدة هذه الطبعة الجديدة، وقررت أن أقصر جهدى على نشر المجلد الأول، وهو القسم العام، آملا أن يواصل زملائى التعليق على القسم الخاص فى المجلد الثانى، لتحويل الكتاب إلى موسوعة شاملة متجددة تشجع كل من يتجهون إلى الإصلاح التشريعى والقضائي فى بلادنا على السير فى طريق الأصالة والتجديد .

* * *

وبهذا نرى أن المشروع الذى يصدر منه هذا المجلد الأول هو فى بدايته، وأن آفاق تنفيذه تحتاج إلى أجيال عديدة تستفيد من هذا المنهج التشاورى والتجديدى الذى يتفق مع عظمة فقهنا الإسلامى وأصالته .

والله تبارك وتعالى أسأل أن يجزى الدكتور توفيق الشاوى والأستاذ عبد القادر عوده عن الإسلام وفقهه، وعن الجهاد فى سبيله، خير ما جزى عباده العلماء العاملين .

وإن كاتب هذه السطور لسعيد بأنه كان أول من استجاب لدعوته، وبدأت بالفعل فى إعداد تعليقات على تعازير المجلد الثانى من كتاب الشهيد عوده، وهو القسم الخاص. كما أنى أدعو زملائى إلى الاستجابة لاقتراح الدكتور الشاوى نفسه بالمسارعة لإعداد مجلد ثالث تدرس فيه التعازير التى لم يدرسها الشهيد عوده والتى تزخر بعرضها مشروعات التقنينات العديدة التى جاءت بعده واستفادت منه.

محمد سليم العوا

(١) مقدمة عامة
عن الكتاب والموسوعة

إنـــى أحمـــد الله أن وفقنى لدراسة كتاب فقيهنا الشهيد والعمل لتجديده وإعادة نشـــره، وإضافة آرائى وآراء زملائى إليه لتحويله إلى موسوعة شاملة للفقه الجنائى الإسلامى العصرى، لأنه أول كتاب يشتمل على دراسة مقارنة شاملة للفقه الجنائى الإسلامى مع القوانين الوضعية السائدة فى كثير من بلادنا.

* * *

كان عبد القادر عوده قاضيا بالمحاكم المصرية عندما بدأ إعداد كتابه فى التشريع الجنائى الإسلامى فى عام 1945، وكان قد درس القانون المصرى ثم بدأ فى التعمق فى دراســـة كتب الفقه، فراعه أنه وجد فيه المبادئ الأساسية: بل والأحكام التى درسها فى القانون المصرى – لكنها معروضة بصورة تختلف عن الصورة التى عرضت بها فى كتب القوانين "العصرية".

إنـــه تألم لأنه وزملاءه من رجال القضاء والمحاماة قد درسوا القانون الجنائى المصرى دون أن تُرَدَّ مبادئه وأحكامه إلى أصولها الشرعية ومصادرها الفقهية، فعَدَّ ذلك نقصا وتقصيرا فى حق الشريعة والقانون معا، لأنه يوهم الدارسين أن الشريعة ليس فيها هذه المـــبادئ والأحكـــام التى درسوها، مما يؤدى بالكثيرين إلى عدم الاهتمام بدراستها أو مراجعة كتبها، بل إنهم يعادون أمثاله ممن يدّعون لتطبيقها لأنهم يجهلونها، والناس أعداء لمـــا جهلوا. ومن ناحية أخرى، فإن القانون الذى درسوه ويعملون فى تطبيقه يبقى فى نظـــرهم أحكاما مستوردة مصنوعة فى الخارج منفصلة عن فقهنا الأصيل ويبقون عالة على الكتب والنظريات الأوربية كلما أرادوا التعمق أو التوسع فى دراستها – وهو أمر لا يتيســـر لكـــثير منهم – فيبقى القانون فى نظرهم مجرد أوامر جافة لا جذور لها فى نظرهم ولا روح فيها تتجاوز النصوص الرسمية وما يتفرع عنها من شروح...

* * *

لذلك قرر أن يتصدى لإعداد كتاب يعرض فيه المبادئ والأحكام الجنائية الشرعية على النمط الذى تدرس به أحكام القوانين العصرية، وعَدَّ ذلك خدمة كبرى لمن يرغب من زملائه فى فهم أحكام الشريعة ويقتنعون بأن دراستها تبعث فى الأحكام القانونية

موضوع الكتاب دراسة مقارنة :

العصرية التى لا تخالفها روحا جديدة، كما تمكنهم من معرفة ما يوجد فى القانون "العصرى" مما يخالف مبادئ الشريعة أو يتعارض مع أحكامها ويؤمنون معه بضرورة تصحيحها ووجوب الدعوة لتطبيق الشريعة.

وأول مهمة واجهته فى كتابه هو أن كتب الفقه لا تشير إلى القسم العام فى القانون الجنائى الذى يتضمن المبادئ التى تخضع لها الأحكام العامة لكل الجرائم- والتى تدخل الأحكام الخاصة بكل منها (التى لا يشاركها فيها الجرائم الأخرى) فى نطاق القسم الخاص فى القانون الجنائى- فقرر أن يبدأ باستنباط أحكام القسم العام فى الفقه الجنائى الإسلامى. وكان أول من يتصدى لذلك فى تاريخ الفقه، ونجح فى ذلك نجاحا استحق بسببه أن نَعُده فقيها.

إلى جانب ذلك فإن عرض أحكام الفقه سواء فى القسم العام أو الخاص استلزم أن يقوم بالترجيح بين الآراء الفقهية المختلفة والمتعددة، بل وتقديم آرائه الشخصية فى المواضع التى لا يجد فى كتب الفقه ما يفيده بشأنها. وهدفه من ذلك تزويد فقهنا بكل ما يمكننا من مواجهة ما استجد من قضايا ومشاكلات لم يواجهها أسلافنا، أى أنه قام فعلا بدور بناء فى تجديد الفقه دون أن يدعي ذلك، ولهذا استحق فى نظرنا أن يوصف بأنه مجدد.

وكان هدفه الواضح هو التقريب والتكامل بين القانون الوضعي وأحكام الشريعة مع بيان ما تمتاز به شريعتنا من سمو وكمال يستوجبان ربط القوانين الوضعية بأصولها ومصادرها الشرعية الخالدة.

* * *

وعندما قررت إعادة نشر كتابه وجعله أساسا لموسوعة شاملة فى الفقه الجنائى الإسلامى المعاصر. كان هدفى من ذلك أمرين : الأول : أن أبرز ما تضمنه بحثه من معالم التجديد. والثانى. أن أضيف إليه ما استطعت من آراء فى صورة حاشية وبحوث تكميلية لتنقيحه كما لو كان هو قد عاش لينشر الطبعة الثانية مزودة بتجارب السنين الخمسين التى مضت منذ نشره لأول مرة – وذلك وفاء له، ومواصلة للمسيرة التى بدأها فى الدفاع عن الشريعة التى أحبها. وسوف يتضح ذلك بعد قراءة فقرات الكتاب والحواشى التى أضفتها إليه.

۞ تحويله إلى موسوعة شاملة :

وقــد دعوت بعض زملائى الذين شاركونى فى تقدير أهمية إعادة نشر الكتاب إلى مشاركتى فى هذا المشروع وإضافة ما يرونه من بحوث وآراء وتعليقات تزيد من فائدة هذه الطبعة الجديدة.

ولمــا كــنت شاعرا بأن جهدى لن يقوى على إتمامه، فقد دعوت كل من أعرف تقديره لهذا الكتاب لكى يساهموا فى إتمام المشروع إذا عجزت عن إتمامه، وقررت أن أقصر مهمتى على نشر المجلد الأول وهو القسم العام، آملا أن يواصل زملائى التعليق على القسم الخاص.

وبهــذا يــتحول الكتاب إلى موسوعة شاملة يشارك فى إعدادها عدد من الأساتذة الراغبين فى مواصلة تزويدها بما يستجد من آراء ودراسات فى الفقه الجنائى الإسلامى العصرى المقارن.

* * *

إن القاضى الفقيه عوده قد منَّ الله عليه بأن حصل على قدر كبير من المعرفة بالقوانين الجــنائية فى مصـــر، التى درسها طالبا ومارس تطبيقها قاضيا ومحاميا، ثم أضاف إلى ذلك قــدرا مــتوازنا مــن دراسة علوم الفقه الإسلامى وكتبه دفعه إليها حبه للشريعة وإيمانه بضـــرورة إحياء علومها والمبادرة إلى تطبيقها، واستشهد دفاعا عن هذا المبدإ بعد أن أتم هذا الكتاب الذى يسهِّل مهمة كل من يريد دراسة الشريعة من رجال القانون العصرى.

* * *

لســت وحــدى الذى عرف قيمة هذا العمل العلمى الجليل، فقد رأيت بنفسى أن شهرته وفائدته تجاوزتا حدود مصر وحدود العالم العربى. وساعدنى الحظ أخيرا بالاطلاع فى إيران على طبعة عربية له مضافا إليها تعليقات أحد كبار علماء الشيعة وأئمتها، يشير فيهــا إلى طبعات سابقة نفدت، فضلا عن الترجمات الفارسية لهذا الكتاب الفذ، مما دعانى إلى إضــافة هذه التعليقات الشيعية كاملة مع مناقشتها لإثراء الحواشى التى أعددها، حتى يكون ذلك خطوة عملية نحو توحيد الثقافة القانونية فى العالم العربى والإسلامى. وشجعنى عــلى ذلــك أن هــذه المبادرة الشيعية كانت ضرورية فى نظرهم لتسهيل مهمة القضاة ورجال القانون العصرى فى بلادهم للعمل على الالتزام بتطبيق الشريعة الإسلامية الذى فرضته حكومة الجمهورية الإسلامية بعد انتصار الثورة فى عام **1979**م.

❁ دور الكتاب فى مرحلة تقنين الفقه فى العالم العربى :

* * *

وقـــبل ذلـــك بسنوات، لقيت وزير العدل فى حكومة أفغانستان الملكية جاء إلى مصر ليبحث عن كتب تساعد قضاة بلاده على تطبيق الفقه الجنائى الإسلامى الذى تعتز بلاده بالالتزام به، وعرَّفنى أن كتاب الشهيد عوده هو المرجع الوحيد لهم هناك وأنهم فى حاجة إلى مزيد من هذه الدراسات المقارنة.

ثم إننى شاركت فى أوائل السبعينيات فى لجنة شكلتها وزارة العدل المصرية برئاسة كبير قضـــاتها رئيــــس محكمة النقض فى ذلك الوقت، الأستاذ جمال المرصفاوى، وعهدت إليها بتقنين الفقه الإسلامى كله، لكنها بدأت بالتشريع الجنائى لأن كتاب الشهيد عوده قد مهد الســـبيل لذلك بهذه الدراسة الوافية التى لا مثيل لها. وأعتقد أن لجانا أخرى عديدة فى ليبيا والأردن والإمـــارات والكويت وغيرها من البلاد العربية، قد استطاعت فى مدة وجيزة أن تُعد مشروعات لتقنين الفقه الجنائى الإسلامى، كان أكبر عون لها هو هذا الكتاب .

* * *

لهذا عددته خطوة تاريخية وفَّرت لنا ولكل من يريدون العمل على تجديد فقهنا الأصيل، لإخـــراج أقطارنـــا كـــلها من مرحلة الازدواجية التى تفصل بين الفقه والقوانين الوضعية الســـائدة حاليـــا، والمساهمة فى الدراسات العلمية التى تحقق لنا سيادتنا التشريعية الكاملة الأصـــيلة، وتفـــتح لـــنا بابا جديدا للتعاون والتقارب بين جميع شعوبنا العربية والإسلامية والســـير بهـــا فى طريق "الوحدة" فى مجال الثقافة الحقوقية التى تمكننا من المساهمة فى التقدم العـــالمى فى العـــلوم القانونية والنظم التشريعية باعتبارنا أصحاب شريعة أصيلة ونظام قانونى عـــريق ومـــتميز فى المســـتقبل، بدلا من أن نكون عالة على غيرنا وذنَبا للثقافة الوضعية المســـتوردة مـــن الخـــارج. كما تساعدنا على بناء وحدتها الشاملة التى مكنتها فى عصور الإسلام الزاهرة من إقامة حضارة كبرى شهد العالم كله بدورها فى تقدم الإنسانية.

* * *

وسيرى القارئ المقدمة التى أعدها ناشرو الطبعة العربية الإيرانية وتعليقاتها التى قصد بهـــا توسيع نطاق المقارنة لتشمل المذهب الجعفرى إضافة إلى المذاهب السنية الأربعة التى جعـــلها الفقيـــه محـــور دراسته، وذلك ليكون الكتاب دراسة مقارنة بين مذاهب الفقه الإسلامى المتعددة، كما هو مقارنة وموازنة بينها وبين القوانين الوضعية وفقهها المستورد.

إن هذه المقدمة والتعليقات الشيعية تؤكد للقارئ أن قضاة إيران كانوا فى حاجة إليه وقد استفادوا منه فائدة كبرى لتسهيل مهمتهم فى تطبيق أحكام الفقه الإسلامى – بصـــورة فورية كاملة بعد نجاح الثورة – كما سهَّل مهمة قضاة أفغانستان –من قـــبل– وبذلك يتبين للقارئ أن الكتاب له دور فى التقريب بين فقه السنة والشيعة لا يقل عن دوره فى التقريب بين الشريعة والقوانين الوضعية، كما أنه كان وما يزال أداة كبرى لتنمية التعاون الثقافى بين شعوبنا العربية وغير العربية.

* * *

إن الفقيـــه القاضى كان يتمنى أن يوسع دراسته لتشمل المذاهب الكبرى الأخرى غـــير المذاهب الأربعة المشهورة، وقد بادر المعلق الشيعى المجتهد المجاهد حجة الإسلام الســـيد إسمـــاعيل الصدر إلى تحقيق هذا الهدف بالنسبة للفقه الجعفرى وهو أهم تلك المذاهب، وأشار على غلاف الكتاب إلى أن المقارنة تشمل المذاهب الخمسة.

إن ما أشارت إليه المقدمة الإيرانية من أن إعادة طبع هذا الكتاب والتعليق عليه كانا خطـــوة ضرورية لسد حاجاتهم إلى دراسات إسلامية سهلت لهم الانتقال من القوانين الوضعية إلى تطبيق الشريعة، يؤكد واجبنا فى المسارعة إلى أن نواصل ما بدأه مؤلفه ومن عـــلق عليه وكل من استفادوا منه فى المشروعات المتتالية للتقنين فى عالمنا العربى، لنعيد بناء صرح فقهنا الإسلامى العصرى وتشجيع دراسته والتعمق فيها، حتى يكون جديرا بمـــا قدمه أسلافنا من إبداع رائع، مازال يبهر كل من مارسوا مهمة التقنين والتشريع والبحث، فى جميع أنحاء عالمنا الإسلامى العريق .

* * *

ثم إن هدفـــنا يتجاوز حدود المذاهب الخمسة وغيرها من المذاهب التى يعتز بها فقهنا المـــوروث، إذ إن أهم أغراض هذه الدراسة المقارنة هو تسهيل مهمة علمائنا فى الحاضر والمستقبل الذين يستطيعون إثراء هذا التعدد بإضافة ما تحتاج إليه أمتنا من آراء ونظريات وأحكـــام ومذاهب مستحدثة تواجه بها التطورات العالمية المتسارعة التى سيكون لشعوبنا الناهضـــة الفتية دور فى ترشيدها حتى تسير قافلة البشرية نحو السمو والتقدم والصلاح الذى هيأها الله له وأمرها بالسير نحوه رغم ما يحفه من مخاطر ومصاعب ...

* * *

۞ دور الموسوعة فى مسيرة التجديد :

وقد أسعدنى الحظ أخيرا بلقاء وزير العدل فى سلطنة عمان عند زيارته للقاهرة لحضور مؤتمر وزراء العدل العرب فى الفترة من 28– 30/8/2000 . وشرحت له أهداف الموسوعة، وأننا نتمنى إثراءها بكل ما نستطيع الوصول إليه من آراء المذاهب الخمسة وبخاصة مذهب الإباضية السائد فى بلاده، فوعد بأن يصلنى بمن تتوافر لديه الاستطاعة والرغبة فى ذلك من علماء بلاده، وأن يرسل إلىّ مجموعة من أهم مراجع الفقه الإباضى ليفيد منها الأساتذة الذين يريدون إضافة هذه المقارنة، لتصبح الموسوعة شاملة للمذاهب الفقهية الستة بما فيها مذهب الإباضية .

لقد تميزت شريعتنا بجعل الاجتهاد والإجماع مصدريْن للأحكام يكملان ما وفره لنا الوحى الإلهى فى الكتاب والسنة من مبادئ وأصول وقيم خالدة تغذى العقل البشرى وتساعده على تنمية الأحكام وتطويرها. والاجتهاد البشرى معرض للخطإ والنقص، لذلك أوجب علينا تجديده كلما قصرنا فى الاستفادة من مزاياه وأصوله لتقوم أمتنا بدورها فى بناء الحضارة بكل ما تستطيع من قوة أمدها الله بها وأمرها بأن تقاوم بها نوازع الشر ودواعى الانحراف والفساد وإصلاح نظمها كلما طرأ عليها تخلف أو جمود.

بذلك أفسح الله لعقولنا واجتهاداتنا المجال لتساهم فى نمو فقهنا عن طريق اختلاف الآراء وتنوع الاتجاهات وتلاقح الأفكار وتعدد المذاهب الذى مكن أسلافنا من أن يزودونا بتراث من الفقه متنوع المذاهب، وأمرنا الله أن نواصل السير على منهاجهم لإثراءشريعتنا بكل ما تحتاج إليه الحضارة من تجديد وتوسيع وزيادة فى الأحكام الشرعية التى تحتاج إليها المجتمعات الإنسانية. وعلى ذلك فإن تعدد المذاهب وتنوعها ضرورى ومفيد فى المستقبل كما كان فى الماضى. وإذا كان هذا الكتاب بدأ بالمقارنة بين مذاهب أربعة ثم خمسة، فإنه فضلا عن ذلك قد فتح لاجتهادنا الباب للتنظير والتقنين لنضيف لها أكثر من ذلك فى المستقبل إن شاء الله .

* * *

أملنا أن تكون هذه الموسوعة العصرية بابا ينطلق خلاله باحثونا وعلماؤنا نحو التجديد الذى تلتزم مجتمعاتنا بالسير فى طريقه لتخرج شعوبنا مما وصلت إليه من تخلف وجمود، وترقى نحو ما كتبه الله من أن تكون أمة وسطا شاهدة على الناس كما كان الرسول الكريم شاهدا عليها، وهذا التوسط يوجب التنسيق والموازنة والجمع بين الآراء والمذاهب

❁ أملنا أن تضم آراء كثيرين ممن يأتون بعدنا :

والأفكار المتعددة المتنوعة التى تتسع لها شريعتنا فى المستقبل كما اتسعت فى الماضى، وتكون قدوة للإنسانية فى طريق التعايش والتعارف والتعاون والتضامن بين جميع الأجناس والطوائف والعقائد والعناصر والألوان ... كما أراد لها الخالق سبحانه وتعالى.

لذلك دعَونا كل من يستطيع القيام بدور فى هذا الاتجاه أن يساهموا معنا فى تحويل هذا الكتاب إلى موسوعة شاملة متجددة تشجع كل من يتجهون للإصلاح التشريعى والقضائى فى بلادنا على السير قدما فى طريق الأصالة والتجديد.

وقد بادرنا بإضافة حواش لهذا الكتاب أسوة بما سار عليه أسلافنا من إضافة حاشية أو أكثر على كتب كبار علمائهم وفقهائهم ، وقد جرى الناشرون على وضع الحواشى على هامش صفحات النص الأصلى، لكنا آثرنا أن تكون تالية لكل بند فى الكتاب، حتى يطلع القارئ أو الباحث أولا على الأصل كما نشر من قبل مع هوامشه الأصلية وعلى التعليقات الشيعية للسيد الصدر ورأينا فيها، قبل أن ينتقل إلى الحاشية التى أعددتها – وتبدأ نصوص الكتاب بكلمة〈عوده〉، والتعليقات الشيعية بكلمة [الصدر]، ثم رأينا فى التعليق الشيعى بكلمة [الشاوى] ، والحاشية بعلامة ❁ . وسيجد القارئ أن الحاشية قد توسعنا فيها حتى أصبحت كتابا لكنه مكمل للكتاب الأصلى، وقد قصدنا بها أن تكون فرعا للأصل وكل ما يتصل به، وكلاهما يحتاج ممن يأتون بعدنا إلى أن يعقبوا على ما به

من أفكار استحدثها كتاب الشهيد و الآراء التى تتجاوز ما تضمنه كتابه وما عرضه من فقهنا الأصيل لتكون آراؤنا وآراء زملائنا مع الكتاب الأصلى موسوعة شاملة لفقهنا الجنائى العصرى.

أملنا أن تضم هذه الموسوعة ما يقدمه زملاؤنا من علماء الفقه والقانون الذين يساهمون فيها ويكملونها بأبحاثهم ودراساتهم لتكون نموذجا للدراسات المقارنة التى تمكن شعوبنا من تحقيق هدفها الأسمى فى بناء صرح ثقافتنا القانونية على الأصول العريقة لفقهنا مع الاستفادة من كل ما استحدثه الفكر القانونى فى جميع النظم العصرية وأن تكون خطوة إلى الأمام نحو هذا الهدف الذى يحتاج إلى جهد أجيال عديدة فى الحاضر والمستقبل إن شاء الله.

❁ كل رأى ينشر فى الموسوعة ينسب لكاتبه :

ونرجو أن تكون هذه الموسوعة بما تشتمل عليه الآن أو ما يضاف لها فى المستقبل مرآة عصرية لمنهج أسلافنا فى المناظرات التى كانوا يناقشون فيها آراء من يخالفهم فى النظر واثقين بأنه لا بأس من هذه الاختلافات طالما أن هدفها هو ما روى عن الإمام الشافعي من قوله : "ما ناظرت أحدا قط إلا لأجل إظهار الحق وما أبالى أن يبين الله الحق على لسانى أو على لسانه". وقوله ﷺ:"وددت أن الناس ينتفعون بهذا العلم على ألا ينسب إلىّ منه شيء" .

إن كل من يقدم رأيا فى هذه الموسوعة يكفيه أن ينسب إليه وحده ما قدمه من رأى، ولو كان يخالف أو يناقض رأيا آخر فى هذه الموسوعة ذاتها أو فى غيرها، وأنه يستحق أن يثاب على اجتهاده – حتى ولو أخطأ – وألا يدعى أحد أنه يحتكر الصواب، وأقصى ما يطمع فيه أن يكون رأيه أقرب إلى الصواب – وإن كان كأى رأى آخر يحتمل الخطأ – كما أن رأى غيره وإن كان خطأ فى نظره إلا أنه يحتمل الصواب – وكلاهما مجرد جهد علمي يثرى الفقه، ويخضع للمناقشة والجدل. والصواب هو ما يختاره الناس ويقتنعون به، ويلزمون أنفسهم السير على مقتضاه... فالقراء والباحثون هم الذين سيكون رأيهم مرجحا لرأى دون آخر – وهذا الترجيح فى ذاته هو اجتهاد عملى يحتمل الخطأ والصواب وسيكون لهم ولغيرهم أن يرجحوا غيره ويلتزموا به بسبب اختلاف ظروف الزمان والمكان. وميزة شريعتنا أنها اتسعت فى الماضى وسوف تتسع فى المستقبل لتعدد المذاهب واختلاف الآراء، لكى توسع أمام شعوب أمتنا وأفرادها أسباب الترجيح ومجال الاختيار بين الآراء التى يحتاجون إليها لمواجهة تغيرات الزمان والمكان وتطور الحضارة ونمو المجتمعات وتنوع ظروفها...

والله الموفق

(٢) مقدمة كتاب القاضي الفقيه "عبد القادر عوده"

عوده الحمد لله الذي علم الإنسان بعد جهل، وهداه بعد ضلال، وفقهه بعد غفلة. والصلاة والسلام على محمد رسول الله الذي أرسله ربه إلى للناس كافة بشيرا ونذيرا وهاديا ومعلما، ليهلك من هلك عن بينة ويحيا من حى عن بينة ...

وبعد ..... فهذه دراسات في التشريع الجنائي الإسلامي مقارنة بالقوانين الوضعية-١- وفقني الله فيها إلى إظهار محاسن الشريعة وتفوقها على القوانين الوضعية وسبقها إلى تقرير كل المبادئ الإنسانية، والنظريات العلمية والاجتماعية التي لم يعرفها العالم ولم يهتد إليها العلماء إلا أخيرا ...

وسيرى القارئ مصداق هذا القول بين دفتي هذا الكتاب، وأرجو ألا ينتهي من قراءته إلا وقد أصبح يعتقد بما أعتقده، وهو أن الشريعة الإسلامية هى شريعة كل زمان ومكان...

والحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله-٢-...

﴿ رب اشرح لي صدري ۞ ويسر لي أمري ۞ واحلل عقدة من لساني ۞ يفقهوا قولي﴾

تعليقات السيد "إسماعيل الصدر"

الصدر ... تعليق "رقم -١-" لقد وفقني الله ﷻ، وهذا من نعمه وفضله، للتعليق على هذا الكتاب الجليل لبيان رأي فقهاء "المذهب الجعفري" في المسائل الشرعية التي تذكر في الكتاب.

وفي موارد الاختلاف بينهم أذكر الرأي السائد عندهم، وأشير إلى الرأي الراجح عندي وإن كان خلاف الرأي المشهور بينهم ... (البقية في الصفحة التالية - كمقدمة...) =

الصدر ... تعليق "رقم -٢-" الحمد لله أن وفقنى إلى إظهار محاسن الشريعة، كما أشكره ﷻ على أن وفقني لإظهار محاسن "الفقه الجعفري" وما يمتاز به بين آراء بقية المذاهب السنية "الأربعة"..

الشاوى رأينا في "تعليقى رقمى-١-و-٢-" :حرص السيد الصدر في أول تعليق له على تذكيرنا بمبدإ عصمة الأئمة من آل البيت، ومنهم الإمام جعفر بن محمد الذي ينسب إليه المذهب الجعفري، وعبَّر عن ذلك بقوله: "إنهم علماء بحكم الله الواقعي، وقد أخذوا علمهم عن جدهم أمير المؤمنين" الذي أخذه بدوره "عن الرسول الأعظم ﷺ" ...

ولا يعترف أهل السنة بالعصمة لغير الرسل، كما أنهم لا يعترفون بأن الروايات المنسوبة للأئمة من أهل البيت لها حكم السنة، ولا أنهم ورثوا العلم عن جدهم رسول الله، بل هو اجتهاد له احترامه عند الجميع ...

... "التعليق الشيعي رقم - ١ -" رأينا أن نجعل منه مقدمة للسيد الصدر فيما يلي :

(٣) تقديم "السيد الصدر" لتعليقاته (تتمة التعليق رقم -١-)

قبل الشروع في التعليقة، أحب أن أنبه على أمر أرى من المناسب تنبيه القراء إليه، وهـــو أنه قد يتراءى من قولنا المذهب "الجعفري" وفقهاء "المذهب الجعفري" أن الإمام "جعفـــر بـــن محمد" (ع) مجتهد من المجتهدين، وأن "الشيعة الجعفرية" يرجعون إليه في التقـــليد كما يرجع "الحنفية إلى أبي حنيفة"، و"الشافعية إلى محمد بن إدريس الشافعي"، و"المالكية إلى مالك بن أنس"، و"الحنابلة إلى أحمد بن حنبل". كما قد يتخيل أن مجتهدي "الشـــيعة" إنما هم "مجتهدو مذهب"، فيجتهدون في فهم فتاوي "جعفر بن محمد" عليه الســـلام كمجتهدي "المذهب الحنفي" إذ يجتهدون في فهم فتاوي "أبي حنيفة". ولكن الصـــحيح أن الإمام "جعفر بن محمد" هو أحد الأئمة الاثني عشر عند الشيعة الإمامية، ويعتقدون به كما يعتقدون ببقية أئمتهم أنهم علماء بحكم الله الواقعي، وقد أخذوا العلم عـــن جدهـــم أمير المؤمنين (ع) عن الرسول الأعظم ﷺ. ولقد قال علي (ع): "علمني رسول الله ألف باب من العلم ينفتح لي من كل باب ألف باب" ...

وبعـــد معرفتهم (ع) بالأحكام الشرعية الواقعية، فلا يحتاجون إلى الاجتهاد وإلى اســـتنباط الأحكام الشرعية من أدلتها كما هو شأن المجتهدين، فلا خصوصية للإمام "جعفـــر بـــن محمـــد الصادق" عن بقية أئمة أهل البيت عليهم السلام، وإنما ينسب المذهب إليه (ع) دون سواه؛ لأنه روى عنه من الأحكام الشرعية أكثر مما روى عن بقية أئمة أهل البيت (ع)؛ لأنه أطولهم عمرا، وكان الضغط السياسي عليه (ع) أقل مما كان على بقية أئمة أهل البيت؛ فلذا كثر الرواة عنه، وألفت عدة كتب فيما روى عـــنه مـــن الأخبار، ولقد بقيت منها أربعمائة كتاب عرفت بالأصول الأربعمائة إلى القـــرنين الرابع والخامس الهجري، وقد جمعت في الكتب الأربعة ، وهي أشهر كتب الحديـــث عـــند الشيعة، وهي: "الكافي للشيخ محمد بن يعقوب الكليني" المتوفى سنة ٣٢٩هـــــ، و"التهذيب والاستبصار للشيخ أبي جعفر الطوسي" المتوفى سنة ٤٦٠ هـــــ، و"من لا يحضره الفقيه للشيخ الصدوق محمد بن علي بن الحسين بن بابويه" المتوفى سنة ٣٨١هـــ، فلهذا كله نُسبت الشيعة إلى الإمام "جعفر بن محمد الصادق" (ع) وقيل إنهم أتباع المذهب الجعفري ويقال لأحدهم جعفري ...

أمـــا مجـــتهدو الشيعة، فهم يستنبطون الأحكام الشرعية من الأدلة المعتبرة عندهم، وهي الكتاب والسنة والعقل والإجماع، والروايات المروية عن أئمة أهل البيت (ع) هي عند علماء الشيعة بحكم السنة لما مر علينا قريبا من أنهم ينطقون عن لسان جدهم (ص) ويخبرون عن العلم الواقعي الذي أخذوه عن الله بواسطة جدهم الأعظم (ﷺ) ...

أمـــا عـــوام "الشيعة" فهم يرجعون في التقليد إلى المجتهدين الذين يستنبطون الحكم الشرعي من "الكتاب" و"السنة النبوية" وأخبار أئمة أهل البيت والعقل والإجماع ...

(٤) من مقدمة ناشر الطبعة الإيرانية العربية
المضاف لها تعليقات السيد "إسماعيل الصدر".
من وجهة نظر المذهب "الجعفري" .

عودة الأمة إلى الإسلام تعتريها عقبتان :

عقبة خارجية.. تتمثل في قوى الاستكبار العالمي.. وعقبة داخلية.. تتمثل في ظاهرتين:

ظاهـــرة الهزيمة الداخلية التي مُنى بها قطاع كبير من أبناء أمتنا أمام وهج الحضارة الأوربية وبريقها ...

وظاهـــرة تخلف الدراسات الإسلامية البناءة عن مواكبة متطلبات عصرنا الراهن وعن لغة الجيل المعاصر ...

انتصار الثورة الإسلامية في إيران يشكل عاملا مهما على طريق إزالة العقبتين عن طريق الأمة الإسلامية ...

جـــاء نداء الإمام القائد في "ذي القعدة 1402هــ" بشأن إلغاء كل القوانين غير الإســـلامية في المحـــاكم وإحلال القوانين الإسلامية في جميع أجهزة القضاء، ليشكل خطوة حاسمة على طريق "الثورة الإسلامية" ...

وهذه الثورة القضائية صعّدت من حاجة الدول الإسلامية إلى دراسات ودارسين في القضـــاء الإسلامي. وإسهاما منّا في سدّ جانب من هذه الحاجة، عزمنا "بإذن الله" على إعادة طبع كتاب "التشريع الجنائي في الإسلام" الذي نفد من الأسواق ...

ونحـــن عـــلى ثقـــة بـــأن هذا "الكتاب" الذي ألفه مجاهد عالم هو الأستاذ المرحوم "عـــبد القادر عوده" وعلق عليه المجاهد الفقيه المرحوم السيد "إسماعيل الصدر"، يستطيع أن يســـد جانبا مهمّا من الفراغ في الدراسات القضائية الإسلامية، خاصة وأنه يضم بين دفتيه وجهة نظر المذاهب الإسلامية الخمسة بما فيها مدرسة أهل بيت رسول الله ﷺ...

ومن الله نستمدّ العون والتوفيق ... إنه نعم المولى ونعم النصير

منشورات ... قسم الدراسات الإسلامية في مؤسسة البعثة ... مؤسسة البعثة طهران ذي الحجة ١٤٠٢ "هجرية".

الشاوي قـــرار الإمـــام الخميني المشار إليه في هذه المقدمة قضى بتطبيق أحكام المذهب الشـــيعي الجعفـــري بـــدلا من قوانين الشاه الوضعية. ومع أن هذا الكتاب عرض فقه المذاهب السنية الأربعة الكبرى، فقد أشار الناشر إلى أن السيد إسماعيل الصدر قد سارع إلى إعـــادة نشـــر الكتاب والتعليق عليه من وجهة نظر المذهب الجعفري في شهر "ذي الحجة 1402هــ"، ليكون شاملا للمقارنة بين المذاهب الإسلامية الخمسة، ولسد حاجة القضـــاء الإيـــراني الذي التزم تنفيذ هذا القرار في بداية العصر الجمهوري "ذي القعدة 1402هـــــ"، ممـــا يؤكد الأهمية العملية لهذا الكتاب في التقريب بين المذاهب الإسلامية المختلفة وتوجيهها نحو الوحدة الثقافية للأمة الكبرى.

(٥)

ذكريات

الأستاذ "إسماعيل عبيد"

ناشر الطبعة الأولى

من كتاب (التشريع الجنائي الإسلامي) للمرحوم الأستاذ "عبد القادر عوده"

* * *

المجلد الأول : طُبع للمرة الأولى بواسطة المؤلف سنة 1949م – في مطبعة الثقافة – بمحرم بك الإسكندرية.

ثم طُبع بواسطة دار العروبة "دار التراث حاليا" في سنة 1959م وذلك في مطبعة المدني – المؤسسة السعودية – القاهرة.

وتكررت طباعته حتى تاريخه.

واعتُبرت كلها طبعة أولى، لأنه لم يدخل أي تعديل على الطبعة السابقة .

المجلد الثاني : تم التعاقد بين ورثة المؤلف والناشر (مكتبة دار العروبة) سنة 1960م – وتم استلام الأصول بخط المؤلف في كراستين ليس بهما أي شطب أو تعديل، مما يدل على أنها كانت معدة للنشر، وتمت طباعة هذا المجلد في نفس العام (1960م) في مطابع دار الفكر بدمشق، وذلك لنقص في الورق آنذاك .

وتكررت طباعة هذا المجلد أيضا مع المجلد الأول لعدة مرات لا تقل عن عشر بواسطة دار العروبة، ومن بعدها دار التراث وذلك حتى تاريخه، واعتُبرت كلها تكرارا للطبعة الأولى من الكتاب رغم أن عددها لا يقل عن عشر. وقد علمت أن بعض أولاد المرحوم "عبد القادر عوده" صرح لبعض دور النشر فى بيروت بطبع الكتاب، وطبع فعلا فى الخارج عدة مرات.

كما اتصل بي أحد الأشخاص وطلب أن يصرح له بترجمة الكتاب إلى اللغة الإنجليزية فأحلته إلى ورثة المرحوم "عبد القادر عوده" وعلمت أنه اتفق معهم .

ملاحظـــــات

1- نظـــرا لضخامة المشروع وحرصنا على مساهمة كثير من زملائنا فى أبحاثها - فقد بادرنا بنشر هذا الجزء الأول من الموسوعة - الذى يتضمن المقدمات وخصائص الشريعة مقارنة بالقوانين الوضعية والنظريات التشريعية العامة على جميع فروع الفقه فى البـــنـــود (1-39) الواردة تحت عنوان تقديم وتوجيه وكذلك القسم الأول من الكـــتاب الأول بعنوان ماهية الجريمة وأنواعها (البنود من 40-82) فى المجلد الأول مـــن كـــتاب التشريع الجنائى مضافا إليها القسم الأول من الكتاب الأول - بشأن ماهيـــة الجـــريمة وأقسامها وسنخصص الأجزاء التالية من هذه الموسوعة لموضوعات القسم العام - بقدر ما يعيننا الله - تاركين القسم الخاص من الموسوعة (المجلد الثانى من كتاب الشهيد عوده) لمن يتابعون هذا المشروع .

* * *

2 - وتسهيلا لمهمة الباحثين فقد جعلنا حاشيتنا فى نهاية كل بند أو مجموعة بنود - عـــلى أن تميز بنجمة على يمين العنوان - وتكون أرقام البنود المشار إليها بالأرقام العربية (1-2-3 .....) حتى يطلع عليها القارئ بعد أن يقرأ البنود الأصلية - مع تعـــليقات الشـــيعة ورأينا عليها التى ستكون دائما مع الأصل فى صفحة واحدة - لارتباطها بالمواضع المشار إليها فى الطبعة الإيرانية .

كمـــا أن لـــنا بحوثـــا إضافية عبارة عن دراسة مع التعمق مكملة للحواشى - وجعلناها بخط مختلف عن الصلب والحواشى .

* * *

3 - سوف نقسم المجلد الأول من الموسوعة المشتمل على القسم العام إلى أجزاء أربعة وهى :-

- الجزء الأول : يضم المقدمات والتمهيد (البنود من **1** إلى **39** فى الأصل) وكذلك الـــبحث الإضافى عن أهمية الخصائص المميزة لفقهنا وشريعتنا يليه البنود **40 -82** بشأن ماهية الجريمة وأقسامها وحواشينا عليها وتميز صفحاته بحرف(أ).
- الجزء الثانى : الخاص بالركن المادى والشرعى للجريمة بنود **83 - 272** .
- الجزء الثالث: خاص بالركن الأدبى للجريمة بنود **273 - 436** .
- الجزء الرابع : خاص بالعقوبة بنود **437 - 537** .

وســـيكون لكـــل مـــن هذه الأجزاء الأربعة أرقامه حتى يمكن أن يضاف له فى المستقبل ما يقدمه المشاركون فيها من حواش أو تعليقات أو آراء تحمل أرقاما إضافية بحيث لا تخل بترقيم الأجزاء الأخرى .

تقديم وتوجيه

****

عوده ١ـ موضوع البحث ... هذه دراسات في التشريع الجنائي الإسلامي-٣- مقارنا بالقوانين الوضعية، وعلى الأخص القانون المصري، تقوم على بحث المبادئ والنظريات العامة في الشريعة والقوانين، وبيان وجوه الخلاف والوفاق بينهما. وقد بدأت فيها بمقارنة أحكام القسم الجنائي، وأرجو أن يعينني الله حتى أتمه، وأن يوفقني بعد إتمامه إلى مقارنة أحكام القسم المدني.

٢ـ *محتويات الجزء (المجلد) الأول* ... وقد خصصت هذا الجزء لمباحث القسم الجنائي العام، وسيكون الجزء (المجلد) الثاني شاملا للقسم الجنائي الخاص ...

٣ـ *مدى المقارنة بين الشريعة والقانون الوضعي* ... وسيرى القارئ أني حرصت أشد الحرص على أن تكون المقارنة شاملة لكل المبادئ والنظريات في كل موضوع جل أو هان. وقد أردت من هذا أن يكون القارئ على علم بأحكام الشريعة-٤- في كل صغيرة وكبيرة ومدى اتفاقها أو اختلافها مع أحكام القوانين الوضعية. كما أردت أن أقطع الطريق على من في قلوبهم مرض فلا يقولون لماذا خاض في هذا الموضوع وترك ذاك ...

وحين أقارن بين الشريعة والقوانين الوضعية، لن أتتبع القانون في أطواره الأولى بالمقارنة والموازنة، ولن أقارن بين القانون في القرن السابع الميلادي وبين الشريعة التي أنزلت على محمد ﷺ في أول هذا القرن، فإن القانون في هذه العهود لم يكن في مستوى يسمح له أن يقارن بالشريعة الإسلامية، ولكني أقارن حين أقارن بين القانون في عصرنا الحاضر وبين الشريعة. وحين أفعل هذا إنما أقارن بين قانون متغير متطور يسير حثيثا نحو الكمال حتى يكاد يبلغه كما يقال، وبين شريعة نزلت منذ ثلاثة عشر قرنا لم

الصدر تعليق "رقم -٣-"على وفق المذاهب الأربعة التي يتبعها أهل السنة والجماعة، وقد تكفلنا في التعليقات لبيان رأي الفقه "الجعفري" ...

الشاوى ... رأينا في "تعليق رقم -٣-": ظاهر أن فقهاء المذهب الشيعي قد استفادوا كثيرا من كتابه وتولوا ترجمته ونشره عدة مرات باللغة الفارسية في إيران فضلا عن نشره باللغة العربية في طبعات متوالية ...

الصدر تعليق "رقم -٤-" على وفق المذاهب الأربعة السنية، وقد أردت في التعليقة أن يطلع القارئ على رأي فقهاء المذهب الجعفري ...

الشاوى ... رأينا في "تعليق رقم -٤-" سوف نضيف رأينا في كل منها قدر المستطاع ...

〈عوده〉 تـــتغير ولم تتبدل فيما مضى، ولن تتغير أو تتبدل في المستقبل؛شريعة تأبى طبيعتها الـــتغيير والتبديل؛ لأنها من عند الله، ولا تبديل لكلمات الله ولأنها من صنع الله الذي أتقن كل شيء خلقه، فليس ما يخلقه في حاجة إلى إتقان من بعد خلقه.

فـــنحن إذن حين نقارن إنما نقارن بين أحدث الآراء والنظريات في القانون وبين أقدمهـــا في الشريعة، أو نحن نقارن بين الحديث القابل للتغيير والتبديل، وبين القديم المستعصـــي على التغيير والتبديل. وسنرى ونلمس من هذه المقارنة أن القديم الثابت خير من الحديث المتغير وأن الشريعة على قدمها أجل من أن تقارن بالقوانين الوضعية الحديـــثة، وأن القوانين الوضعية بالرغم مما انطوت عليه من الآراء واستحدث لها من "المبادئ والنظريات" لا تزال في مستوى أدنى من مستوى الشريعة.

وليعجـــب من شاء كما يشاء من هذا القول، فإن الحق في هذه الأيام أصبح غير مألوف بحيث يعجب منه أكثر الناس، ولكن العجب لن يستبد بمن كان له عقل يفكر ويقدر ويقارن ويوازن، ويميز الخبيث من الطيب.

إن الحديـــث قد يكون خيرا من القديم إذا قورن ما صنعه الناس قديما بما يصنعه الـــناس اليـــوم، لكـــن الحديث لن يتهيأ له أن يصل إلى مستوى "القديم" إذا قورن ما يصنعه الناس بما صنعه "رب" الناس.

لقـــد صـــنع الله موســـى وعيسى ومحمدا وأوحى إليهم بـــ "التوراة"و"الإنجيل" و"القـــرآن"، فهل جاء قبلهم أو بعدهم من غير الرسل من يصح أن يوضع معهم في موضـــع المقارنة؟ وهل استطاع البشر أن يأتوا بمثل ما أتوا به؟ ولقد صنع الله السماء والأرض، وســـخر لـــنا الشمس والقمر وخلقنا معشر البشر، فهل يحسن البشر أن يصنعوا مثل هذا؟ إنهم لا يحسنون أن يصنعوه، بل إن أكثرهم لا يحسنون أن يفقهوه. وإذا استســـاغت عقول البشر أن تضع ما يصنعه مخلوق في مستوى ما صنعه مخلوق آخـــر، فإن هذه العقول لا تستسيغ بأي حال أن تضع ما يصنعه المخلوق في مستوى ما صنعه الخالق؛ لأنها تدرك الفرق بين الصناعتين وتحس المدى الواسع بين الصانعين. ولاشك في أن العقول التي تدرك هذا جديرة بأن تدرك الفرق بين الشريعة الإسلامية وهـــي من صنع الله وبين القوانين الوضعية وهي من صنع البشر، فإذا عجزت بعض العقـــول عـــن إدراك الفرق بينهما فأولى بأصحابها ألا يعجبوا مما نقول، وعليهم أن يعجـــبوا من أنفسهم كيف لا يدركون الواقع المحسوس وكيف لا يفهمون الأوليات والبدائه؟!

1 - 3 - الشريعة بالمعنى الضيق هي الكتاب والسنة لكن المعنى العام يشمل الفقه المتجدد متعدد المذاهب و الآراء :

يظهر للقارئ العادى من أول وهلة أن مؤلف الكتاب هدفه الدفاع عن الشريعة فـيما يتعلق بالقسم الجنائى فيها – فهو يعنى بالرد على من يدَّعون أنها لم تعد صالحة للتطبيق فى العصر الحاضر – وأنه يلتزم خط الدفاع عن الشريعة والفقه بصورة مقنعة وناجحــة أبــرز فيها قدرته على تقديم الأدلة على سمو الشريعة وكمالها وخاصة فى القسم الجنائى منها – الذى عده "مظلوما" و "مجهولا" كل الجهل.

وقــد اختار لهذا الدفاع طريق الموازنة بينها وبين القانون المصرى الذى كان فى نظــره نموذجــا للقوانين الوضعية التى يدعى كثيرون أنها أكثر ملاءمة للمجتمع فى العصر الحديث وأنها توصف بأنها (عصرية) .

فى مقدمــته التمهيدية جعل أهم موضوعاتها هو "بيان خصائص الشريعة" "بالمعنى الضيق الذى يقصد به الكتاب والسنة" من حيث الكمال والثبات (الذى يميزها عن الفقه) وذلك عن طريق مقارنتها بالقانون الوضعى وبخاصة القانون المصرى .

إنه كان يأمل أن يواصل بحثه بدراسة القسم المدنى فى الفقه دراسة مقارنة .

ونعــتقد أن "الســنهورى" قد قام بذلك فى كتابه الشهير "مصادر الحق فى الفقه الإسلامى"، وهو التعبير الفقهى عن نظرية الالتزامات التى هى القسم العام فى القانون المدنى، وقد نشر بعد هذا الكتاب بعشر سنوات .

أملى أن أتم تنقيح المجلد الأول الذى خصصه لمباحث القسم الجنائى العام ليكون الطبعة الثانية بعد مرور خمسين عاما على الطبعة الأولى، وأرجو أن يتولى من هم أقدر منى مهمة دراسة المجلد الثانى عن "القسم الخاص" .

لكــى تكــون الموازنــة واضحة، فإنه لابد أن أشير إلى التمييز بين الشريعة والفقه، وذلك لكى تسهل المقارنة بين الشريعة (بمعناها الضيق) وبين القوانين الوضعية العصرية .

فى أول صــفحة فى كتابه يعلن أن الشريعة، "من صنع الله" وهو بذلك يشير إلى نصوص الكتاب والسنة، التى نعتبرها " الشريعة " بمعناها الضيق، لأن هذه النصوص الســماوية هى جوهرها وأصولها ومنابعها. وهو يصفها بأنها " نزلت منذ ثلاثة عشر قــرنا – لم تتغير ولم تتبدل فيما مضى، ولن تتغير أو تتبدل فى المستقبل، شريعة تأبى طبيعتها التغيير والتبديل، لأنها من عند الله، ولا تبديل لكلمات الله." .

❁ الشريعة بالمعنى الضيق هي نصوص الكتاب والسنة التي اكتملت ولاتقبل الإضافة أو التغيير أو التبديل و هي الأصل الثابت للفقه الإسلامي الذى هو جزء منها بمعناها الواسع العام :

وهـــو يميز الشريعة بذلك عن الفقه الذى جاء بعد ذلك، ومازال قابلا لأن ينمو ويتجدد ويتطور ويتنوع ويتعدد، حتى إنه عقب ذلك مباشرة فى البند (٥) يشير إلى أنـــه لم يعتمد فى بحثه على مذهب واحد من مذاهب الفقهاء الإسلاميين، وإنما جعل عمـــاد المقارنة المذاهب الأربعة المشهورة (المالكى والحنفى والشافعى والحنبلى)وأنه اجتهد فى أن يبين أساس الخلاف بين هذه المذاهب، إن كان ثمة خلاف .

بـــل يضيف أنه كان بوده أن يدرس بعض المذاهب الأخرى المشهورة كمذاهب "الشيعة والخوارج والظاهرية" لكن ظروفه ووقته قصرت به عما يريد .

لا شـــك فى أن كل مذهب من المذاهب الفقهية التى أشار إليها يبدأ كل منها بمؤسس المذهـــب، ولكنه لا يقف عند ذلك، بل تزداد ثروته الفقهية وتنمو كلما تعددت المؤلفات من علماء المذهب، سواء منهم من بلغ مرتبة الاجتهاد فى المذهب، ومن وقف عند حدود الاســـتنباط عـــلى ضوء ما قدمه أسلافه. وإن المستقبل كفيل بنمو فقهنا أكثر من ذلك بما يقدمه علماؤنا وباحثونا فى الحاضر والمستقبل من آراء مستحدثة أو مذاهب جديدة لمواجهة ما يستجد من أحداث وقضايا بحكم تطور المجتمعات وما يترتب عليه من زيادة حاجتها إلى أحكـــام فقهيـــة تواجه بها ما يستجد من مشاكلات ومسائل، أى أن الفقه كفيل بتجديد الأحكام وزيادهًا وتطويرها وإعادة صياغتها بما يتناسب مع المجتمعات واحتياجاهًا المتجددة .

معـــنى ذلـــك أنه هنا يحصر المقارنة بين القانون الوضعى الذى وصفه بأنه (متغير مـــتطور)، وبـــين شريعة نصوص (نزلت) من ثلاثة عشر قرنا، وهى مصادر شريعتنا ومنابعها وأصولها لم تتغير ولم تتبدل فيما مضى، ولن تتغير أو تتبدل فى المستقبل .

يريد بهذا أن شريعتنا تتميز بأن لها منابع إلهية وأصولا مقدسة هى الكتاب والسنة الـــلذان يتصفان بهذه الصفات، فى حين أن ما يسمى بالقوانين الوضعية هى فى مهب رياح الواقع المتغير، الذى لا يستقر وليس له أصل ثابت ولا مستقر، فهو يتغير بتغير واقع المجتمعات وما يطرأ عليها من موجات الانقلاب بلا ضابط ولا حصانة ولا أصل ثابت يدفعها للسمو بالمجتمعات نحو مثل عليا خالدة .

وبذلـــك تتميز الشريعة بأن أصلها ثابت؛ لأنه من صنع الله الذى أتقن كل شيء وســـنرى فى البند التالى أن فرعها فى السماء، وهذا الفرع الذى يرتفع وينمو هو ما نسميه الفقه الذى توفر مذاهبه المتعددة لشريعتنا مزايا التجديد والتطور ويمكنها من مواجهة تغيرات المجتمع بما يستنبطه من أحكام تتلاءم مع ظروف الزمان والمكان. فلا يـــتعجل القـــارئ ويظن أنه يصف الشريعة بالجمود الذى يمنع أحكامها من التجدد والنمو الذى تستلزمه طبيعة المجتمعات إلى يوم الدين .

﴿عوده﴾ ٤ـ *المذاهب الشرعية المقارن بها* ... وسـيرى القارئ أني لم أعتمد في المقارنة على مذهب واحد من مذاهب الفقهاء الإسلاميين، وإنما جعلت عماد المقارنة المذاهب الأربعة المشهورة وهي : "المذهب المالكي"، و"المذهب الحنفي"، و"المذهب الشـافعي"، و"المذهب الحنبلي"، فبينت أحكام كل مذهب من هذه المذاهب في كل موضـوع طرقـته واجـتهدت في أن أبين أساس الخلاف بين المذاهب إن كان ثمة خلاف، ليكون القارئ ملما باتجاه كل مذهب وسنده .....

٥ـ *علة الاقتصار على المذاهب الأربعة* ..... وكان بودي أن أدرس بعض المذاهـب الأخـرى المشـهورة كمذاهب الشيعة-٥- والخوارج والظاهرية، ولكن ظروفي ووسائلي ووقتي قصرت بي عن بلوغ ما أريد، فأنا موظف شاء حظه أن يكون مقـر عملـه في الـريف دائما حيث تقل المكتبات والكتب أو تنعدم، ومن ثم فقد اعـتمدت على نفسي في اقتناء الكثير الذي لا أجده وقنعت باستعارة القليل الذي أجـده، وأغـلب مـن يعتمدون على أنفسهم مثلي في هذه الحالة لا يستطيعون أن يحصلوا على كل ما يشتهون * ...

وكان الوقت أعظم مشكلاتي، فعملي الرسمي يأخذ مني كل أوقات فراغي تقريبا ولولا أني خصصت أوقات راحتي اليومية، وأيام عطلتي السنوية للدراسة والاطلاع، لما تغلبت على هذه المشكلة ....

وقد كان هذا كله سببا في أن أقصر دراستي على هذه المذاهب الأربعة، وأن أترك ماعداها من المذاهب المشهورة-٦- ولعلي أتدارك ما فاتني في طبعة مقبلة إن شاء الله.

[الصدر] تعـليق ... "رقـم -٥-" وتعليقتـنا هذه تحقق أمل المصنف، وتبين آراء فقهاء المذهب الجعفري الشيعي ...

[الصدر] تعليق ... "رقم - ٦ -" وقد تكفلت هذه التعليقة لأشهر تلك المذاهب، وهو المذهب الجعفرى الشيعي ....

[الشاوى] ... رأيـنا في "تعليقي رقمي - ٥ -،-٦-" أشار السيد الصدر إلى أن مذهبه (الجعفري) هـو أشـهر مذاهـب الشيعة، وهذا صحيح من حيث عدد فقهائه وأئمته وعلمائه وكتبه، وكذلك من حيث عدد أتباعه والملتزمين به في إيران وباكستان والخليج ولبنان وغيرها ... ويسمى أيضا مذهب "الإثنى عشرية" أو "الإمامية" بسبب تمسكهم بمبدإ عصمة "الأئمة الاثنى عشر".

---

* تراجع ترجمة الشهيد عوده في خاتمة الكتاب ....

❁ 4 ـ 5 ـ الفقه جزء من الشريعة بمعناها العام الواسع وقد اعتمد فى المقارنة على المذاهب السنية الكبرى الأربعة – وأضاف لها السيد الصدر المذهب الجعفرى :

الفقه هو علم الشريعة الذى يفتح الباب للاجتهاد البشرى والتجديد ويقبل التعدد فى المذاهب و الآراء والاختلاف بينها والتوسع فيها .

إنه يشير إليه فى بعض الأحيان بما يفهم منه أنه يَعُده الشريعة؛ لأنه جزء منها بمعناها العـام الواسـع، بسـبب التزامه بمنابعها الإلهية ونصوصها الثابتة التى لا تقبل التغيير والتـبديل، وهذا هو الذى يميز الفقه الإسلامى كجزء من "الشريعة بمعناها العام" عما يسمى بالقوانين "الوضعية" التى لا تلتزم بالكتاب والسنة .

إن الشريعة الإسلامية تتميز عن "القوانين العصرية" بأنها تتكون من عنصرين:

– أولهما وأهمهما هو مجموعة النصوص القطعية وتكون الشريعة بمعناها الضيق .

– وثانيهمـا هـو ما يستنبطه الاجتهاد أو الإجماع البشرى من مبادئ ونظريات وأحكـام تكـون الفقه الذى يثرى الشريعة وينميها بمذاهب متعددة وأحكام متنوعة ونظريات وقواعد مستمدة ومستنبطة من المصادر الثابتة الخالدة .

إن الـتزام الفقه الشرعى بالمبادئ الثابتة التى تضمنها القرآن الكريم والسنة النبوية يميـزه عن القوانين الوضعية، ويجب فى نظرنا أن يلتزم بهذه المبادئ حتى ولو وضع هذا الفقـه الشرعى فى صورة تقنين وعرض بالصورة العصرية المقننة التى توصلت إليها القوانـين الوضعية، وهذا يجعله جزءا من فقه الشريعة ويكسبه جميع خصائصها المميزة لهـا، لهـذا فإنـنا نرى التأكيد على وجوب التفرقة بين القوانين الوضعية من جهة، والتقنيـنات الشـرعية التى هى إحدى الصور العصرية للفقه الإسلامى فى مجتمعاتنا الحديثة فى الحاضر والمستقبل من جهة أخرى .

إن تعـدد المذاهـب فى الفقـه الإسـلامى والفروق الدقيقة بينها، برغم انتسابها واندماجها كلها فى الشريعة بالمعنى الواسع وعدِّها جزءا منها، هو من الخصائص المميزة لشريعتنا، والذى يزيدها خصوبة وثراء ومرونة .

وهـو يعـترف بأنه قصر بحثه على أربعة مذاهب فقط، وأن كل مذهب تحتاج دراسـته إلى الاطـلاع عـلى عدة كتب مختلفة، فكيف إذا توسع فى بحثه إلى جميع المذاهب الفقهية المشهورة – وماذا يصير إليه الحال لو استحدثنا فى المستقبل نظريات ومذاهـب تجديدية، وقد قال إنه وجد فى دراسته صعوبات كثيرة – فإن الصعوبات سوف تزداد فى المستقبل.

تعدد المذاهب فى الفقه ثروة تعتز بها الشريعة فى الماضي والمستقبل :

إن تعـــدد المذاهـــب واخـــتلاف الآراء فى الفقه هو من خصائص الشريعة التى تكســـبها حيوية ومرونة واتساعا لايمكن أن تصل إليه "القوانين الوضعية" التى تكون عادة فى صورة نصوص جامدة تصدرها الدولة وتلزم الجميع بها .

أشار فقيهنا إلى رغبته فى توسيع نطاق دراسته إلى المذاهب المشهورة الأخرى التى ذكر فى مقدمتها مذهب الشيعة وحال دون ذلك استشهاده المبكر .

لكـــن فقهاء المذهب الشيعى قد استفادوا كثيرا من كتابه وتولوا ترجمته ونشره عـــدة مرات باللغة الفارسية فى إيران فضلا عن نشره باللغة العربية، وأضاف بعض فقهـــائهم تعليقات عليها لمقارنة أحكام مذهبهم بما أورده المؤلف عن المذاهب السنِّية الأربعة .

وقـــد اطلعـــنا أخيرا على الطبعة الإيرانية العربية الثانية لهذا الكتاب نشرها فى طهران قسم الدراسات الإسلامية فى مؤسسة البعثة – فى عام 1402 هـــ – وأشير فى عنوان الكتاب إلى أنه شامل للمذاهب الخمسة – بعد أن أضاف المعلق إلى ما كتبه شهيدنا تعليقات تبين آراءه المستمدة من أقوال الفقهاء فى مذهب الشيعة "الجعفرية" وأشار إلى أن الذى كتبها هو "المجتهد المجاهد حجة الإسلام والمسلمين المرحوم السيد إسماعيل الصدر"[1] .

[1] قال إن تعليقاته "تحقق أمل المصنف (عوده)"، ونأمل أن يقيض الله لهذا الكتاب من يضيف إليه تعليقات مستمدة من مذهب الظاهرية – لابن حزم وأمثاله – وغيره من المذاهب المشهورة الأخرى التى أشار لها مؤلفه .

«عوده» ٦ ـ *لغة البحث* ... ولم أشأ أن أكتب باللغة التي يكتب بها فقهاء الشريعة؛ لأني دون شك أعجز من أن أجاريهم في أسلوبهم الدقيق العميق؛ ولأن القارئ العادي يعجز عن فهم هذا الأسلوب. وفضلت أن أكتب باللغة التي يكتبها ويفهمها رجال القانون الآن، مكتفيا بإبقاء الاصطلاحات الفنية الشرعية أو ذكرها وذكر ما يقابلها في اصطلاحنا القانوني. ولكني لم أهمل الإشارة إلى المراجع التي استندت إليها أو أخذت عنها.

وقد دفعني لسلوك هذا الطريق الحرص على أن يفهم كل قارئ ما أكتب دون حاجة إلى تعمق في الفهم أو كد للذهن، ولعلي بهذه الطريقة أكون قد سهلت لمن درسوا دراسة مدنية فهم الشريعة دون حاجة للرجوع إلى كتبها، بل لعلي أكون قد سهلت لهؤلاء فهم كتب الشريعة على حقيقتها إذا ما حاولوا الرجوع إليها بعد قراءة كتابي هذا، فمما لاشك فيه أن كتب الشريعة مكتوبة بلغة دقيقة مركزة . ولا يستطيع فهم هذه الكتب إلا من مرن على قراءتها، وكان على علم بالقواعد الشرعية الأساسية. وهذه صفات لا تتوافر غالبا فيمن درسوا دراسة مدنية ...

على أني مهما حاولت أن ألتزم أساليبنا القانونية، فإني أعلم أني عاجز عن التخلص من أثر الأساليب الشرعية، ولعل مصاحبتي الطويلة لكتب الشريعة قد تركت أثرها في لغتي وأسلوبي وهو أثر أرجو أن يفيد القارئ، وأن يقربه مرحلة من فهم كتب الشريعة ...

٧ ـ *الفقهاء والشراح* ... وقد التزمت أن أقصر لفظ الفقهاء على علماء الشريعة، وأن أخصص لفظ الشراح لعلماء القانون، وأحب الآن أن أنبه لذلك حتى إذا ما عرض أحد اللفظين غير مميز على القارئ لم يشتبه عليه الأمر. وأساس هذه التفرقة غلبة التسمية وانطباق اسم كل على عمله، ففي الشريعة يسمون العالم في الغالب فقيها، وفي القوانين يسمون العالم في الغالب شارحا . والواقع أن طبيعة عمل كل منهما تصلح أساسا للاسم الذي غلب عليه. فالعالم في الشريعة يشرح النصوص وهي قليلة ويستنبط القواعد والمبادئ والنظريات التي تترتب على هذه النصوص، ويرتب على أساسها الأحكام، فأكثر عمله فقه وأقله شرح، ومن ثم غلب عليه لفظ الفقيه، والعالم في القانون أكثر عمله شرح النصوص التي لا حد لها من الكثرة، وهو يشرحها طبقا للقواعد والمبادئ التي جاءت بها النصوص العامة، وهذا لا يمنعه أن يستنبط بين الحين والآخر مبدأ جديدا أو نظرية حديثة، إلا أن استنباط المبادئ والنظريات هو أقل عمله وشرح النصوص هو أكثر عمله؛ لأن ورود النصوص في كل ما يتصور من حالات يسد عليه باب التفكير والاستنباط ويوجهه إلى الشرح، ومن ثم غلب عليه لفظ الشارح .

❁ 6، 7 المصطلحات العصرية والفرق بين الفقهاء والشراح :

فى المقارنة بين نظامين تشريعيين يختلف كل منهما عن الآخر فى مصطلحاته، لابد من مواجهة الاختلاف بين لغة المصطلحات فى كل منهما. وقد اختار فقيهنا أن يعلن فى بدايـــة بحثه أنه لا يلتزم باللغة التى سار عليها فقهاؤنا فى كتب التراث، وفضل أن يكتب بلغة القوانين المعاصرة .

وعلل ذلك بأمرين :

أولهمـــا : أنـــه عجز عن أن يجارى فقهاء الشريعة "فى أسلوبهم الدقيق العميق"، وعـــذره أنه درس القوانين الوضعية قبل أن يقتحم مجال دراسة الفقه والاطلاع على كتب التراث.

أمـــا الأمر الثانى : فهو قوله " إن القارئ العادى – المعاصر – قد يصعب عليه دراسة كتب الفقه الإسلامى دراسة كافية " .

ونحـــن نعـــد ذلك الاختيار من ملامح التجديد فى هذه الدراسة، إلا أننا سنبدى بعـــض الـــتحفظات إزاء اســـتعماله بعـــض المصطلحات الوضعية مثل : "السلطة التشريعية" و"رئيس الدولة" بل و"العقوبة الجنائية" فى بعض الأحوال .

* * *

أحسن الفقيه الشهيد عوده بالإشارة إلى التفرقة بين مهمة الفقه الوضعى العصرى ومهمـــة الفقه الإسلامى التى هى أوسع وأهم لأنها تشمل استنباط الأحكام الفرعية والمبادئ العامة، بل والنظريات من المصادر الإلهية عن طريق الاجتهاد .

* * *

لقد نبه فى مقدمته إلى أن فقهنا له دور تشريعى يتجاوز دور فقه القانون الوضعى المعاصـــر لأنـــه يقـــوم باســـتنباط الأحكام والقواعد ويلزمه لذلك أن يقدم المبادئ والأصول والنظريات، ولا يكتفى بشرح النصوص كما هو الأصل فى كثير من أبحاث فقهاء القانون الوضعى العصرى، الذى يصر على تسميتهم "بالشراح" ليميزهم عن "فقهاء" الشريعة[1].

---

[1] بند -7- وهو يشير إلى أن شراح القوانين يستنبطون من حين لآخر مبدأ جديدا أو نظرية حديثة – إلا أن شرح النصوص هو أكثر عملهم .

<عوده> ٨ـ *لماذا بدأت بالقسم الجنائي* ... ولقد بدأت بالقسم الجنائي؛ لأنه القسم المنبوذ المظلوم في الشريعة. فنحن معشر القانونيين لاندرس من الشريعة إلا الجزء الخاص بالأحوال الشخصية وماعدا ذلك فهو مهمل إهمالا يكاد يكون تاما، وبخاصة القسمان المدني والجنائي. وقد أدى بنا هذا الإهمال إلى نتيجة لابد منها، وهي أنا نجهل أحكام هذين القسمين جهلا فاضحا، ولكننا بالرغم من ذلك نعترف بأن الشريعة بلغت في المسائل المدنية مستوى لا يقل عن المستوى الذي بلغته القوانين الوضعية ...

وقد ساعدنا على هذا الاعتراف من وجه أن رجال القانون يرجعون إلى الشريعة مجبرين في قليل من المواضع المدنية؛ لأن نصوص القانون المدني التي تحكم هذه المواضع أخذت عن الشريعة الإسلامية، وهذه النصوص على قلتها يمكن أن تعطي فكرة لا بأس بها عن الشريعة. كذلك ساعد على هذا الاعتراف من وجه آخر أن المرحوم "محمد قدري باشا" سهل بكتابه "مرشد الحيران" المقارنة بين القسم المدني من الشريعة على مذهب "أبي حنيفة" وبين القوانين الوضعية حيث نظم أحكام المذهب "الحنفي" في المسائل المدنية في مواد وأبواب متتالية على غرار مواد وأبواب القانون المدني المصري، فمكن (رحمه الله) بعمله هذا لكل من يطلع على كتابه أن يقارن بسهولة بين أحكام الشريعة وأحكام القانون وأن يعرف دون الرجوع إلى الكتب الفقهية مدى الائتلاف والاختلاف، وإن كانت هذه المعرفة وتلك المقارنة لا تنتهي في الغالب إلى نتائج صحيحة مادام المطلع يجهل كل الجهل الأصول والقواعد العامة التي قامت عليها الأحكام الشرعية ومادام يجهل كل شيء عن آراء فقهاء المذاهب الأخرى ...

أما القسم الجنائي، فهو في عقيدة جمهور رجال القانون لا يتفق مع عصرنا الحاضر ولا يصلح للتطبيق اليوم، ولا يبلغ مستوى القوانين الوضعية، وهي عقيدة خاطئة مضللة. وإذا حاول أي شخص منصف أن يعرف الأساس الذي قامت عليه هذه العقيدة فسيعجزه أن يجد لها أساسا سوى الجهل، وسيدهشه أن يعلم أننا نحكم على القسم الجنائي في الشريعة بعدم الصلاحية ونحن نجهل كل الجهل أحكام الشريعة الجنائية مجملة ومفصلة ...

ومن المؤلم للنفس أن تروج هذه العقيدة الخاطئة أو الأكذوبة الكبرى، وأن يلقنها الطلبة على أنها عقيدة مسلم بها من أولي العلم والقائمين على أمر التشريع بالرغم من أنها قائمة على مخالفة الواقع، وإنكار الحقائق، والجهل الفاضح بأحكام الشريعة، ومن

〈عوده〉 أراد أن يعـــرف مدى خطإ هذه العقيدة وضلالها فعليه أن يرجع إلى كتب الشريعة الإسلامية ليرى أن كل مبدأ أو كل قاعدة وكل نظرية في الشريعة الإسلامية تنادي بخطإ هذه العقيدة وبعدها عن الصواب .

وقد رأيت من الواجب عليّ، بعد أن تبين لي ذلك أن أحارب هذه العقيدة الخاطئة الظالمـــة، وأن أبـــدأ بالكتابة في القسم الجنائي الذي نبذناه دون حق، وجهلناه دون عـــذر؛ لأعـــرّف الناس بهذا القسم على حقيقته؛ ولأبين لهم أن الشريعة تتفوق على القوانين الوضعية تفوقا عظيما في المسائل الجنائية عامة، وأن القسم الجنائي في الشريعة صـــالح كل الصلاحية للتطبيق في عصرنا الحالي، وفي "المستقبل" كما كان صالحا كل الصلاحية في الماضي ...

{٢٨/أ}

8 – الفقه الجنائي مظلوم ... مهمل ... مجهول :

الفقهاء القانونيون كما قال يشرحون نصوص القوانين الوضعية، لكن كثيرا من علمائنا المتأخرين كان أغلبهم يكتفى بشرح كتابات أسلافهم بحجة الالتزام بمذهب معين من مذاهب الفقه دون التطلع إلى الأصول العامة الجامعة التى هى المنبع الذى بنى عليه الأئمة آراءهم واجتهاداتهم ومذاهبهم، والتى تمكنهم من عرض الأصول والنظريات العامة، ولذلك فإن الشهيد عوده يعد من الرواد القلائل الذين يقودون الدراسات الفقهية المعاصرة فى طريق الاستعانة بالنظريات العامة التى تسهل الاجتهاد والتجديد العصرى فى مجال التشريع الجنائى بصورة مستحدثة .

إنه اختار أن يبدأ بدراسة التشريع الجنائى؛ لأن جمهور رجال القانون ذوى الثقافة العصرية أصبحوا يظنون خطأ أنه بعيد عن مفاهيم عصرنا؛ لأنهم لم يدرسوه بالأسلوب العصرى، واقتصر بحثهم فى الفقه الإسلامى على الأحوال الشخصية التى بقيت الشريعة فيها نافذة. ثم إن شراح القوانين الوضعية التى يدرسونها توهمهم أن كل ما يخالف اتجاهاتها أو نظمها يكون متخلفا، ولا يصلح للتطبيق فى عصرنا، طالما أنه لا يعرض لهم فى صورة تقنينات عصرية. ولهذا أثنى على تقنينات قدرى باشا، كما أثنى السنهورى عليه بقوله[1]: "نقصد بالفقهاء المحدثين الذين كتبوا فى الفقه الإسلامى فى عصرنا هذا وبسطوا مسائله فى لغة قريبة إلى مدارك هذا العصر ليقربوها إلى أذهان الدارسين، وهى مدرسة تنتظم طائفة من رجال الفقه أدوا إلى الفقه الإسلامى خدمة جليلة بما نشروا من متون وشروح وبحوث؛ ولعلنا لا نخطئ إذا اعتبرنا المغفور له "محمد قدرى باشا" زعيم هذه المدرسة أو هو رائدها الأول .

ونلاحظ أن تقنينات قدرى باشا كانت خاصة بالمسائل المدنية فيما يخص الأوقاف والأحوال الشخصية. وقبلها، كانت مجلة الأحكام العدلية التى أصدرتها الدولة العثمانية، ولم يشر إليها لأنها لم تطبق فى مصر، لكنها طبقت فى الدولة العثمانية بما فيها الأقطار العربية التى كانت خاضعة لها مثل العراق والأردن وسورية والكويت، بل بقيت نافذة فى تلك الأقطار بعد سقوط الخلافة زمنا طويلا، وقد أشاد بها السنهورى لأنه درسها عند إعداد التقنين العراقى، وعَدَّها أهم مصادره .

---

[1] تراجع مقدمة د / السنهورى لكتابه الشهير عن "مصادر الحق فى الفقه الإسلامى" (ص12).

وهذا الكتاب مهد الطريق للتقنينات الفقهية الجنائية فيما بعد.

إن الشهيد كان نموذجا لجيل من المفكرين الإسلاميين الذين تصدوا للدفاع عن الشريعة ضد من يشهرون بها أو يعترضون على المطالبين بالالتزام بها، وهو يعرف أن من مقتضيات الدفاع المبادرة إلى تقديم آراء مستحدثة وقواعد مستنبطة تدخل فى نطاق التجديد والاجتهاد. ولقد أبلى هذا الجيل بلاء حسنا فى هذا الدفاع، ونجحوا إلى حد كبير فى التصدى للهجوم بما قدموه من آراء وأفكار تُعدُّ فى نظرنا اجتهادات عصرية .

إننا نعتقد أن جهود المدافعين عن الشريعة قد ساهمت إلى حد كبير فى الصحوة الإسلامية المعاصرة التى أدت إلى جعل تطبيق الشريعة مطلبا شعبيا يحوز تأييدا إجماعيا فى العالم العربى والإسلامى إلى حد كبير، ونرى أن هذه الصحوة توجب على من يؤمنـــون بالالتزام بالشريعة أن يبدءوا مرحلة جديدة يواجهون فيها ما يفرضه هذا التطبيق العملى من اجتهادات لتسهيل التطبيق الفورى والاستجابة لمتطلبات المشاكلات العصرية التى لم يواجهها ولم يتوقعها الفقه الإسلامى فى عصوره الزاهرة.

صحيح أن العالم أصبح يعترف بعظمة الحضارة الإسلامية التى أنارت مجتمعاتنا وجعلتها تسود العالم فى فترة كان العالم كله يتخبط فى ظلمات ما يسمى بالعصور الوسطى، لكن ذلك لا يمنع من الإقرار بأن مجتمعاتنا المعاصرة تواجه مطالب ومشاكلات مستحدثة لم تعرفها أمتنا فى العصور الماضية، وهذه المطالب تفرض على من يؤمنون بسمو الشريعة وكمالها أن يتابعوا ما بدأه أسلافهم من استنباط الاجتهادات التى يواجهون بها هذه المطالب والمشاكلات فى المجتمعات المعاصرة، وفى مستقبل العلاقات والنظم الاجتماعية فى المجتمعات الإنسانية، وقد تصدى الشهيد "عوده" وجيله لهذه المهمة .

<عوده> ٩ـ *كيف دُفعت لدراسة الشريعة ؟* وأعترف للقارئ أنني لم أبدأ دراسة الشريعة الإسلامية إلا في سنة ١٩٤٤"م"، وأنني لم أكن قبل ذلك مشغوفا بقراءة كتب الفقه. ولكني كنت مشغوفا بقراءة كتب التاريخ وسير أبطال الإسلام، وكتب التاريخ الإسلامي لا تتعرض عادة للمسائل الفقهية ولكنها حين تتعرض للبطل كقاض أو حاكم أو مشرع، تذكر بعض ما أثر عنه من قضاء أو حكم أو تشريع، وهذه الآثار تثير في الرجل الفني روح المقارنة والمفاضلة. وقد أدهشني أني لم أجد قضاء أو حكما أو تشريعا إسلاميا إلا روعيت فيه المبادئ والنظريات الجنائية الحديثة التي قيل لنا في المدارس: إنها من ابتداع القوانين الوضعية، وإن العالم لم يعرفها إلا في القرن التاسع عشر على إثر الثورة الفرنسية، فحملني هذا التناقض الظاهر بين ما سمعت وبين ما لمست على أن أدرس القسم الجنائي في الشريعة دراسة منظمة. وقد خرجت من دراستي بأن العيب الوحيد في هذا القسم هو أن الناس يجهلونه كل الجهل، وأنه فيما عدا ذلك خير من أي قانون وضعي على وجه الأرض، بل هو المثل الأعلى الذي يجب أن يأخذ به ويحتذيه كل مشرع وضعي في أي بلد إسلامى أو غير إسلامي ...

9 – عشر سنوات قضاها الشهيد فى إعداد كتابه :

إن إشارته إلى أنه بدأ فى دراسة فقه الشريعة فى عام 1944 معناها أنه قضى فى إعداد كتابه عشر سنوات، حيث إن استشهاده كان فى عام 1955 واعتقاله بدأ فى عام 1954. وقد بين لنا أنه بدأ بالقسم الجنائى فى الفقه لأن جمهور رجال القانون يظنون خطأ أنه لايتفق مع عصرنا لمجرد أنه يختلف عن الأسلوب المتبع فى القوانين الوضعية التى درسوها وتعلموها ويلتزمون بتطبيقها فى كثير من البلاد.

وقد يظن البعض أنه لم يحاول أن يقدم اجتهادات أو مبادرات مستحدثة فى مجال الفقه الإسلامى تُعدُّ تجديدا قد يحتاج إليه من يبدءون فعلا فى تطبيق أحكام الشريعة فى العصر الحاضر؛ ولذلك سنبذل جهدنا لإبراز ملامح التجديد فى دراسته، التى نرى أنها كانت مرحلة لا بد منها، أولا لتسهيل مهمة الاجتهاد عندما يتقرر مبدأ الالتزام بالشريعة وصلاحيتها للتنفيذ الفورى الشامل الذى يدعو إليه، وتقنين أحكامها لتسهيل مهمة القاضى المقلد فى تطبيقها، ومهمة الفرد العادى فى العلم الكافى بها.

إن كتاب "عبد القادر عوده" قد فتح لنا طريق الاجتهاد فى فقهنا الجنائى ومهد أسبابه أمام علماء الفقه والقانون الذين يتصدون لتطبيق أحكام التشريع الجنائى الإسلامى فى مجتمعاتنا التى حرمت من ذلك زمنا طويلا. وبرغم أنه لم يتباه أو يتفاخر مطلقا بأنه اقتحم ميدان الاجتهاد فى الفقه الإسلامى، فإننا سنرى فى دراساتنا أنه قدم لنا اجتهادات لابد من إبرازها وتقييمها للاستفادة بها فى مواصلة الاجتهاد فى هذه المرحلة الجديدة، مرحلة التطبيق الفعلى للفقه الإسلامى والالتزام بشريعتنا الغراء. وقد لاحظنا أن السيد "إسماعيل الصدر" قد أشار إلى نشره هذا الكتاب لسد حاجة القضاء الإيرانى الذى التزم بإحلال القوانين الإسلامية فى جميع أجهزة القضاء .

⟨عوده⟩ ١٠ ـ *حاجة الكتب الشرعية إلى تهذيب* ... ولقد أتعبتني دراسة القسم الجنائي، حيث بدأت الدراسة وأنا لا أعرف شيئا يذكر من علم الأصول، ولا المصطلحات الفقهية. وزاد الدراسة تعبا أني لم أتعود قراءة كتب الفقه، وأن هذه الكتب ليست مفهرسة، وليس من السهل على من يحب الاطلاع على مسألة معينة أن يعثر على حكمها في الحال، بل عليه أن يقرأ بابا وأبوابا حتى يعثر على ما يريد خصوصا إذا لم يكن له من يرشده. وقد ييأس الباحث من العثور على ما يريد.ثم يوفقه الله فيعثر عليه مصادفة في مكان لم يكن يتوقع أن يجده فيه ..

ولا يسير فقهاء المذاهب المختلفة على غرار واحد في الترتيب والتأليف . فما يقدمه مذهب قد يؤخره المذهب الآخر، وما يدخل في باب معين في هذا المذهب قد لا يدخله المذهب الآخر في نفس الباب. ويضاف إلى ما سبق أن الفقهاء يكتبون بعبارة مركزة دقيقة، وهم في كثير من الأحوال يذكرون الحكم ولا يذكرون علته، خصوصا في الكتب المختصرة والمتون ...

ولاشك في أن دراسة المذاهب الشرعية دراسة مقارنة مجهدة بذاتها ؛ لأني كنت أدرس بدلا من الكتاب الواحد أربعة كتب، ولكن هذه الدراسة أفادتني في الواقع فائدة كبرى إذ سهلت لي فهم مختلف النظريات، وفهم الأسس التي بني عليها كل فقيه نظريته، وساعدت على إظهار الفروق الدقيقة بين المذاهب الفقهية ...

وأعترف أني عندما قرأت كتب الشريعة لأول مرة لم أفهمها حق الفهم، فقد أخذت عن بعض المسائل فكرة تبين لي خطؤها في القراءة الثانية، ومن ثم فقد قرأتها مثنى وثلاث ورباع، بل قرأتها حتى أصبحت أستزيد بقراءتها عمقا ولا أكاد أصحح خطأ. ولقد حملني على قراءة الموضوع الواحد أكثر من مرة أني كنت أدرس المذاهب الأربعة، وأدرس عدة كتب لمؤلفين مختلفين في كل مذهب. وساعد على هذا أني لم أحصل أول الأمر إلا على كتب قليلة مختصرة، ثم صرت أحصل تباعا على غيرها مما هو أكثر توسعا منها. على أني مع هذا لا أعتقد أني سلمت من الوقوع في الخطإ، فما أنا إلا إنسان غير معصوم بذل جهده في تجنب الخطإ، وإني لأرجو ممن يعثر على خطإ أن يبصرني به مشكورا لأتجنبه في المستقبل.

وحين لمست المجهود الذي يجب على رجل القانون أن يبذله ليلم بأحكام الشريعة، ورأيت النتائج الباهرة التي وصلت إليها، واكتشفت الأخطاء المضحكة المبكية التي وقعنا فيها، شعرت بأن عليّ واجبا عاجل الأداء نحو الشريعة ونحو زملائي من رجال القانون ونحو كل من درسوا دراسة مدنية، وهذا الواجب هو أن أعرض على الناس أحكام الشريعة في المسائل الجنائية في لغة يفهمونها وبطريقة يألفونها، وأن أصحح لرجال القانون معلوماتهم عن الشريعة، وأن أنشر على الناس الحقائق التي حجبها الجهل عنا زمنا طويلا.

❁ 10 – صعوبة الرجوع إلى كتب الفقه :

اعترف (فقيهنا) بصعوبة الرجوع إلى كتب الفقه للأسباب التى عرضها ثم يقول : "ويضاف إلى ما سبق أن الفقهاء يكتبون بعبارة مركزة دقيقة، وهم فى كثير من الأحوال يذكرون الحكم ولا يذكرون علته، خصوصا فى الكتب المختصرة والمتون" .

كل ذلك يؤكد أهمية الدور الذى قام به والجهد الكبير الذى بذله فى عرض الأحكام الشرعية فى صورة مقارنة مع القوانين الوضعية تسهل مهمة الفقهاء فى جيلنا وفى أجيال المستقبل، وتمكنهم من استخدام أساليب الفقه المستحدثة فى عصرهم لعرض النظريات والمبادئ والأحكام فى فقهنا بصورة تسهل على الباحثين فى الحاضر والمستقبل دراسة الفقه وتجديده بل و الاجتهاد فى استنباط الأحكام المستحدثة .

ونشير هنا إلى قول (السنهورى) عن الطريقة العلمية لدراسة الفقه الإسلامى فى نظره – حيث قال :

"إذا كنا سنجرى فى بحثنا على أساليب الفقه الغربى، فإن المصادر التى سنستند إليها هى المصادر الإسلامية، بل هى المصادر الأولى فى الفقه الإسلامى" [1] .

ومعنى ذلك أن بداية التجديد تكون فى استخدام الأساليب المستحدثة مع الالتزام بالمصادر والأصول الإسلامية، وهى التى تميز تقنينات فقهنا عن "القوانين الوضعية"، ولذلك نصر على عدم استعمال تسمية القوانين المستمدة من الشريعة التى جرى عليها كثير من الباحثين ومنهم السنهورى نفسه .

---

[1] تراجع مقدمة كتابه القيم عن "مصادر الحق فى الفقه الإسلامى"، المقدمة ص 2.

<عوده> ١١ـ *طريقة التأليف* ... وسيرى القارئ أني نظمت الكتاب وبوبته على غرار كتب القانون، وقد تعمدت هذا لأقرب البحث من قلوب رجال القانون وعقولهم، وحتى لا يشعروا أنه غريب عليهم أو على غير مألوفهم فيقدموا على قراءته متشوقين، ويسهل عليهم أن يبحثوا عما يشاءون لأنهم سيجدونه في المحل الذي ألفوا أن يجدوه فيه ...

وقد شجعني على اختيار هذه الطريقة أن الفقهاء لا يفصلون بين القسم العام والقسم الخاص كما يفعل اليوم شراح القانون، بل هم يتكلمون عن القواعد العامة بمناسبة الكلام على الجرائم الخاصة كلما اقتضى الأمر بحث قاعدة عامة أو الكلام عليها . فإذا ما فصلت القسم العام عن القسم الخاص وأظهرت أحكام كل على حدة، فإنما فعلت ذلك لتسهيل البحث ونزولا على حكم التطور في التأليف والترتيب . وقد اقتضاني هذا أن أدرس الحدود والقصاص والتعازير، أو بتعبير آخر كل ما كتب عن الجرائم، ثم لأستخرج من هذا كله القواعد العامة، ثم نظمتها بعد جمعها على الوجه الذي سيراه القراء ...

١٢ ـ *كيف وصمت الشريعة بعدم الصلاحية* ... وقد تبين لي "كما سيتبين للقارئ" من دراسة الشريعة أن القائلين بأن الشريعة لا تصلح للعصر الحاضر لا يبنون رأيهم على دراسة علمية أو حجج منطقية ؛ لأن الدراسة العلمية والمنطق يقتضيان القول بتفوق الشريعة الإسلامية على القوانين الوضعية وبصلاحية الشريعة لهذا العصر ولما سيتلوه من عصور...

وفوق هذا، فالقائلون بعدم صلاحية الشريعة للعصر الحاضر فريقان : فريق لم يدرس الشريعة ولا القانون ... وفريق درس القانون دون الشريعة... وكلا الفريقين ليس أهلا للحكم على الشريعة ؛ لأنه يجهل أحكامها جهلا مطبقا، ومن جهل شيئا لا يصلح للحكم عليه

والواقع أن هؤلاء الجاهلين بالشريعة يبنون عقيدتهم الخاطئة في عدم صلاحية الشريعة على قياس خاطئ، وليس على دراسة منظمة. ذلك أنهم تعلموا أن القوانين الوضعية القائمة الآن لا تمت بسبب إلى القوانين القديمة التي كانت تطبق حتى أواخر القرن الثامن عشر وأوائل القرن التاسع عشر الميلادي وتعلموا أن القوانين الوضعية الحديثة قائمة على نظريات فلسفية واعتبارات اجتماعية وإنسانية لم يكن لها وجود في

〈عوده〉 القوانين القديمة، وتحملهم المقارنة بين هذين النوعين من القوانين على الاعتقاد بعدم صلاحية القوانين القديمة للعصر الحاضر، وهو اعتقاد كله حق، ولكنهم يتساقون بعد ذلك إلى الخطإ حين يقيسون الشريعة الإسلامية بالقوانين الوضعية فيقولون: مادامت القوانين التي كانت سائدة حتى أواخر القرن الثامن عشر لا تصلح لعصرنا الحاضر، فكذلك الشريعة الإسلامية التي كانت سائدة في العصور الوسطى، والتي ظل الكثير من أحكامها معمولا به حتى أواخر القرن الثامن عشر، وفي هذا القياس الباطل خطؤهم المجسم الذي لا يكاد يفوت الناقد البصير ...

۞ 11 – 12 – المصطلحات المستحدثة والتبويب العصرى تسهل دراسة الشريعة :

أعجبنى أنه بدأ بالإشارة إلى أهمية المصطلحات فى هذه الدراسة المقارنة. وبرغم حرصه على إبراز مزايا الشريعة وفقهها وأن لها مصطلحات فنية دقيقة لا بد من الاحتفاظ بها، فإنه يبادر إلى الاعتراف بأنه سيلتزم باستخدام المصطلحات القانونية العصرية، وعلل ذلك بحرصه على أن يسهل على زملائه وأقرانه من ذوى الثقافة العصرية مهمة الاقتناع بحجته واستيعاب الأدلة التى تؤيد وجهة نظره فى سمو الشريعة وشمولها وكمالها إذا قورنت بالقوانين الوضعية التى درسوها، وهى المطبقة حاليا فى كثير من أنحاء العالم الإسلامى، وبخاصة فى مصر. ويجب أن أضيف لذلك أن جمهور الناس قد ألفوا هذه المصطلحات، فأصبح استعمالها ضروريا ليدركوا مزايا الأحكام الشرعية التى يطالبون بتطبيقها .

إن إقرار الشهيد "عوده" بأن أحكام الشريعة ومبادئها ونظرياتها لا تأبى مطلقا أن تعرض بلغة عصرية ولا أن تستخدم فى دراستها اللغة التى يكتبها ويفهمها رجال القانون الوضعى والمصطلحات القانونية المعاصرة، إنما يفتح لنا بابا واسعا لأبحاث عصرية لا بد أن تتفرع عنها نتائج مهمة سنحاول إبرازها وتأكيدها والاستفادة منها.

أهم هذه النتائج هو أن الاختلاف الجوهرى بين الشريعة والقانون الوضعى هو اختلاف المنبع والغاية "أى المقاصد"، إلا أنه لا يستلزم حتما التعارض والتناقض بين الأحكام الشرعية والوضعية بالصورة التى يتوهمها البعض كما سنرى فيما بعد .

* * *

يقول إن البعض يدعون عدم صلاحية الشريعة لأنهم لم يدرسوها، وبعضهم درس القوانين الوضعية فقط، وهى قائمة على أصول ونظريات وفلسفات وضعية، وهى دراسة تبعدهم عن خصائص الشريعة التى تختلف عن خصائص القوانين الوضعية.

ولتسهيل مهمتهم فى هذه الدراسة، نلاحظ أنه لم يكتف باستعمال لغة القوانين المعاصرة ومصطلحاتها، بل إنه عرض بحثه وبوبه على غرار كتب القانون، بل والقوانين الوضعية ذاتها، وعلل ذلك برغبته فى تقريب بحثه من قلوب رجال القانون وعقولهم، وأن يسهل عليهم أن يبحثوا عما يشاءون فى الموضع الذى ألفوا أن يجدوه فى كتب القانون المعاصر، وأشار إلى أهمية ذلك لدى جمهور الخاضعين للقوانين الذين ألفوا هذه التقسيمات فى التقنينات

❁ الدعوة إلى إيجاد قانون عربي موحد مستمد من الشريعة الإسلامية:

الوضعية فى صورها المعاصرة، ولذلك يجب أن تقدم لهم الأحكام الشرعية فى صورة تقنينات عصرية لكنها شرعية المنبع والمقصد تسهيلا عليهم. ولهذا سنعطى أهمية خاصة لموضوع التقنينات الشرعية والضمانات التى تميزها عن القوانين الوضعية، وتحفظ لفقهنا خصائصه وأصوله ومنابعه الأصلية فضلا عن صياغته التى يتميز بها وأشار لها "السنهورى" فى مواضع متفرقة، نذكر منها الآن ما كتبه عن الغاية من دراسة الفقه الإسلامى فى مقال شهير دعا فيه إلى إيجاد قانون عربي موحد مستمد من الشريعة الإسلامية، حيث قال: "لقد أتاح لى اطلاعى على نصوص الفقه الإسلامى سواء كانت مقننة فى المجلة أو "مرشد الحيران" أو كانت معروضة فقهيا فى أمهات الكتب ومختلف المذاهب أن ألحظ مكانة هذا الفقه وحظه من الأصالة والإبداع".

<عوده> ١٣ ـ *وجه الخطإ في قياس الشريعة بالقانون* ... ووجه الخطإ في هذا القياس أنهم سووا بين القوانين الوضعية التي وضعها البشر، وبين الشريعة الإسلامية التي تكفل بوضعها خالق البشر. فهم حين يقيسون إنما يقيسون الأرض بالسماء والناس برب الناس، فكيف يستوي في عقل عاقل أن يقيس نفسه بربه وأرضه بسمائه ؟! ...

وجه الخطأ في هذا القياس أنهم سووا بين الشريعة والقانون، وهما مختلفان في طبيعتهما جد الاختلاف ، ونستطيع أن نتبين مدى هذا الاختلاف إذا استعرضنا نشأة كل منهما ومميزاته الجوهرية التي تميزه عن غيره ...

١٤ ـ *لا قياس بين مختلفين* ... وإذا صح أن الشريعة تختلف عن القوانين اختلافات أساسية، وتتميز عنها بمميزات جوهرية، فقد امتنع القياس، لأن القاعدة أن القياس يقتضي مساواة المقيس بالمقيس عليه، فإذا انعدمت المساواة فلا قياس أو كان القياس باطلا ...

ولما كان القائلون بعدم صلاحية الشريعة للعصر الحاضر يبنون رأيهم على قياس الشريعة بالقوانين الوضعية، ولا مساواة بين الشريعة وهذه القوانين، فيكون قياسهم باطلا، وادعاؤهم بعدم صلاحية الشريعة للعصر الحاضر ادعاء باطلا؛ لأنه بني على قياس باطل، وما قام على الباطل فهو باطل ...

وسنستعرض فيما يلي نشأة القانون ونشأة الشريعة ووجوه الخلاف بينهما، ومميزات كل منهما، وسيظهر هذا الاستعراض الفرق جليا بين الشريعة والقانون لمن لا يحسن التفريق بينهما، وسيتبين منه أن الشريعة تختلف عن القانون اختلافات أساسية، وتتميز عنه بصفات جوهرية ...

❁ 13 – 14- لا يجوز قياس الشريعة على القوانين الوضعية لوجود فروق جوهرية :

لقد حرص "فقيهنا" على تحذير الباحثين من قياس الشريعة على القوانين الوضعية؛ لأنها تقوم على منابع وأصول مثالية إلهية وليست فلسفات إنسانية كالتى تبنى عليها النظم القانونية المستوردة أو الوضعية والتى تفرض لأهداف وغايات نفعية أو واقعية لا تدانى مقاصد الشريعة ومبادئها العليا السامية، وما يترتب على ذلك من اختلاف طبيعة كل منهما .

* * *

كما حرص على تكرار الإشارة إلى "الفروق الجوهرية" بين "الشريعة" "والقانون"، وهو يقصد ما يسميه بالقانون "الوضعى" المستورد الذى يصفه دائما بأنه من صنع البشر، وأن كثيرين يرون الشريعة غير القانون، لأن الشريعة من عند الله من حيث منبعها ومصادرها الإلهية المتمثلة فى الكتاب والسنة، ولذلك فإن قانونها "أى فقهها" ليس من صنع البشر بل ينتسب إلى الشارع الحكيم الذى أنزل القرآن – وأقر السنة وأمر باتباعها، وشرع لنا الاجتهاد والإجماع وجعله متمما لهما ومرتبطا بهما من حيث المنبع والمقصد .

كثيرون يرون أن المقصود من كلمة "القانون" هو "القانون الوضعى" وحده، لذلك فإننا فضلنا أن نستعمل كلمة "التقنين" للإشارة إلى ما يسمونه "القانون المستمد من الشريعة" أو القانون الإسلامى؛ وأن يكون ذلك أسلوبنا فى هذه الفترة الانتقالية حتى يتم تطهير مجتمعنا من القوانين "الوضعية" ويصبح القانون كله إسلاميا أى مستمدا من المنابع والأصول السماوية .

بل إن هذه التقنينات تبقى متميزة عن مصادر الشريعة بالمعنى الضيق التى وصفها بالثبات وعدم القابلية للتغيير، لأن المقصود بذلك هو نصوص الكتاب والسنة فقط – وهى التى تُعدُّ نصوصا إلهية مصدرها الوحى المباشر فى القرآن أو غير المباشر فى السنة التى يصفها البعض بأنها وحى خفى – ونقول نحن إن الله سبحانه قد أقرها وألزمنا باتباعها .

﴿عوده﴾ ١٥ ـ *نشأة القانون* ... ينشأ القانون الوضعي في الجماعة التي ينظمها ويحكمها ضئيلا محدود القواعد، ثم يتطور بتطور الجماعة فتزداد قواعده، وتتسامى نظرياته كلما ازدادت حاجات الجماعة وتنوعت، وكلما تقدمت الجماعة في تفكيرها وعلومها وآدابها. فالقانون الوضعي كالوليد ينشأ صغيرا ضعيفا، ثم ينمو ويقوى شيئا فشيئا حتى يبلغ أشده. وهو يسرع في التطور والنمو والسمو، كلما تطورت الجماعة التي يحكمها وأخذت بحظ من الرقي والسمو، ويبطئ في تطوره ونموه كلما كانت الجماعة بطيئة النمو والتطور. فالجماعة إذن هى التي تخلق القانون الوضعي وتصنعه على الوجه الذي يسد حاجاتها وينظم حياتها، وهو تابع لها، وتقدمه مرتبط بتقدمها...

وعلماء القانون الوضعي —— حين يتحدثون عن النشأة الأولى للقانون —— يقولون إنه بدأ يتكون مع تكوين الأسرة والقبيلة، وإن كلمة رب الأسرة كانت قانون الأسرة، وكلمة شيخ القبيلة كانت قانون القبيلة، وإن القانون ظل يتطور مع الجماعة حتى تكونت الدولة، وإن عادات كل أسرة كانت لا تتفق مع عادات غيرها من الأسر، وتقاليد كل قبيلة لم تكن مماثلة لتقاليد غيرها من القبائل، وإن الدولة حين بدأت تتكون وحدت العادات والتقاليد وجعلت منها قانونا ملزما لجميع الأفراد والأسر والقبائل الداخلين في نطاق الدولة. ولكن قانون كل دولة لم يكن يتفق في الغالب مع قوانين الدول الأخرى، وظل هذا الخلاف حتى بدأت المرحلة الأخيرة من التطور القانوني في أعقاب القرن الثامن عشر على هدى النظريات الفلسفية والعلمية والاجتماعية، فتطور القانون الوضعي من ذلك الوقت حتى الآن تطورا عظيما، وأصبح قائما على نظريات لم يكن لها وجود في العهود السابقة ...

وأساس هذه النظريات الحديثة العدالة والمساواة والرحمة والإنسانية. وقد أدى شيوع هذه النظريات في العالم إلى توحيد معظم القواعد القانونية في كثير من دول العالم، ولكن بقي لكل دولة قانونها الذي يختلف عن غيره من القوانين في كثير من الدقائق والتفاصيل ..

هذه هى خلاصة لنشأة القانون وتطوره والمراحل التي مر بها، تبين بجلاء أن القانون حين نشأ كان شيئا يختلف كل الاختلاف عن القانون الآن ، وأنه ظل يتغير ويتطور حتى وصل إلى شكله الحالي وأنه لم يصل إلى ما هو عليه الآن إلا بعد تطور طويل بطيء استمر آلاف السنين ...

15 – القوانين الوضعية تختلف فى نشأتها عن الشريعة :

ولقد أيد هذه التفرقة بتحليل عميق بين فيه أن القوانين البشرية فى نشأتها تكون ثمرة تجارب المجتمعات ومصالحها وابتكارات واضعيها. فهى تنشأ نتيجة حاجة الجماعات، ولذلك تتبع الجماعات فى نشأتها وتطورها – أى أن تطور الجماعة يسبق تطور القانون الذى تضعه أو يوضع لها سدا لحاجتها إليه – ثم إنها تبتكر لها نظريات وفلسفات لتدعيمها أو تفسيرها بعد وضعها.

أما الشريعة فإن لها فى نظره نشأة مختلفة، لأنها ذات مصدر سماوى يسمو عن واقع الجماعة وفكرها. فنصوصها "بالمعنى الضيق" من عند الله ومصدرها الأول هو الوحى الإلهى المباشر فى القرآن، وغير المباشر فى السنة المطهرة.

وقد أشرنا من قبل إلى ضرورة ملاحظة أنه يستعمل كلمة "الشريعة" فى أغلب الأحيان، وهنا بالذات بمعناها الضيق، فهو يقصد بها فى هذا الصدد النصوص القطعية فى الكتاب والسنة التى اكتملت فى عهد النبوة، ولذلك يصفها بأنها وجدت كاملة لا نقص فيها : ﴿لا ترى فيها عوَجا﴾ [طه: 107]، وهى صالحة لجميع الأزمان والأقوام، لأن مبادئها الإلهية شاملة لأمور الأفراد والجماعات ومهيمنة عليها فى جميع العصور والأقاليم، فهى سابقة على تطور المجتمعات البشرية وتعدها لتصبح أمما كبرى. بل إنها هى تدفع الجماعات والأمم نحو تغيير واقعها ليصبح موافقا لمبادئها السامية، وذلك عن طريق الاجتهاد والإجماع لتجديد الفقه وتنميته حتى يحقق أهداف هذه المبادئ السامية التى تتسع لاستنباط الأحكام الفرعية المستحدثة التى يقتضيها التطور والتقدم والنمو الحضارى.

<عوده> ١٦ ـ *نشأة الشريعة* ... وإذا كانت هذه هى نشأة القانون، فإن الشريعة الإسلامية لم تنشأ هذه النشأة ولم تسر في هذا الطريق. لم تكن الشريعة قواعد قليلة ثم كثرت ولا مبادئ متفرقة ثم تجمعت، ولا نظريات أولية ثم تهذبت. ولم تولد الشريعة طفلة مع الجماعة الإسلامية، ثم سايرت تطورها ونمت بنموها، وإنما ولدت شابة مكتملة ونزلت من عند الله شريعة كاملة شاملة جامعة مانعة لا ترى فيها عوجا ولا تشهد فيها نقصا، أنزلها الله ﷻ من سمائه على قلب رسوله محمد ﷺ في فترة قصيرة لا تجاوز المدة اللازمة لنزولها، فترة بدأت ببعثة الرسول، وانتهت بوفاته أو انتهت يوم قال الله ﷻ: ﴿اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام دينا﴾ [سورة المائدة :٣].

ولم تأت الشريعة لجماعة دون جماعة، أو لقوم دون قوم، أو لدولة دون دولة، إنما جاءت للناس كافة من عرب وعجم، شرقيين وغربيين على اختلاف مشاربهم، وتباين عاداتهم وتقاليدهم وتاريخهم. فهى شريعة كل أسرة، وشريعة كل قبيلة وشريعة كل جماعة وشريعة كل دولة، بل هى الشريعة العالمية التي استطاع علماء القانون الوضعي أن يتخيلوها ولكنهم لم يستطيعوا أن يوجدوها ...

وقد جاءت الشريعة كاملة لا نقص فيها، جامعة تحكم كل حالة، مانعة لا تخرج عن حكمها حالة، شاملة لأمور الأفراد والجماعات والدول. فهى تنظم الأحوال الشخصية والمعاملات وكل ما يتعلق بالأفراد، وتنظم شئون الحكم والإدارة والسياسة، وغير ذلك مما يتعلق بالجماعة، كما تنظم علاقات الدول بعضها بالبعض الآخر في الحرب والسلم ...

ولم تأت الشريعة لوقت دون وقت، أو لعصر دون عصر، أو لزمن دون زمن، وإنما هى شريعة كل وقت وشريعة كل عصر وشريعة الزمن كله حتى يرث الله الأرض ومن عليها...

وقد صيغت الشريعة بحيث لا يؤثر عليها مرور الزمن، ولا يبلى جدتها ولا يقتضي تغيير قواعدها العامة ونظرياتها الأساسية، فجاءت نصوصها من العموم والمرونة بحيث تحكم كل حالة جديدة ولو لم يكن في الإمكان توقعها، ومن ثم كانت نصوص الشريعة غير قابلة للتغيير والتبديل، كما تتغير نصوص القوانين الوضعية وتتبدل ...

〈عوده〉 ١٧ - *لا مماثلة بين الشريعة والقانون* ... ونستطيع بعد أن استعرضنا نشأة القانون ونشأة الشريعة أن نقول بحق إن الشريعة لا تماثل القانون ولا تساويه، ولا يصح أن تقاس به، وإن طبيعة الشريعة تختلف تماما عن طبيعة القانون. ولو كانت طبيعة الشريعة من طبيعة القانون الوضعي لما جاءت على الشكل الذي جاءت به، وعلى الوصف الذي أسلفنا، ولوجب أن تأتي شريعة أولية ثم تأخذ طريق القانون في التطور مع الجماعة، وما كان يمكن أن تأتي بالنظريات الحديثة التي لم تعرفها القوانين الوضعية إلا أخيرا، بل ما كان يمكن أن تصل إلى مثل هذه النظريات إلا بعد أن تعرفها القوانين وبعد مرور آلاف من السنين ...

ويستطيع القارئ من استعراض تاريخ القانون، وتاريخ الشريعة أن يتبين الاختلافات المتعددة بين الشريعة والقانون والمميزات الكثيرة التي تميز الشريعة عن القانون. وللقارئ أن يتقصى تلك الاختلافات، وهذه المميزات إذا شاء، أما أنا فأكتفي بأن أبرز الاختلافات الأساسية والمميزات الجوهرية لأن في الكلام عليها ما يغني عن الكلام عن غيرها ...

❁ 17 – وجوب إبراز الخصائص الذاتية المميزة لشريعتنا :

إن حماسة "فقيهنا" الشهيد ودقته فى إبراز الفروق بين القوانين العصرية الوضعية، وبين شريعتنا وفقهنا الإسلامى، قد تثير لدى البعض شكا فى أنه أسرف فى عباراته عن سمو الشريعة وقداستها، ونحن نلاحظ أن ذلك ضرورى لإبراز خصائص تشريعنا ومزاياه وذاتيته المتميزة المستقلة. وهذه الذاتية المميزة ضرورية لكل من يفكر فى استنباط أحكام جديدة لكنها أصيلة مستمدة من المنابع المقدسة لشريعتنا، وسنرى أهمية ذلك فى دراسة الجرائم المختلفة فى القسم الخاص "المجلد الثانى من هذا الكتاب".

ويسرنى أن أشير إلى أن "السنهورى" فى مقاله عن ضرورة إيجاد قانون عربى مستمد من الشريعة الإسلامية، قد نبه إلى أنه لا يجوز نقل نصوص القوانين الوضعية ثم وصفها بأنها مستمدة من الشريعة الإسلامية بحجة أنها لا تخالف أحكام الفقه ولا تتعارض مع نصوص الشريعة، بل لابد من أن تستمد التقنينات الشرعية (التى وصفها بأنها قوانين مستمدة من الشريعة) من المصادر الشرعية ذاتها، لا أن تنقل من قوانين مستوردة .

وقال : "أنبه فى هذا الصدد إلى أن القانون – (التقنين) – الحديث الذى يشتق من "الفقه الإسلامى" يجب أن يكون فى (منطقه وصياغته وأسلوبه) فقها إسلاميا خالصا، لامجرد محاكاة للقوانين الغربية". ثم قال : "إننى ألاحظ أن بعض المشتغلين بهذه المسألة يقتصر دورهم على إيراد نصوص من القوانين (الوضعية) ثم يحاولون أن يخرجوا هذه النصوص على أحكام الفقه الإسلامى دون أن يراعوا أصول الصياغة فى هذا الفقه، ثم ينتهون من هذا البحث السطحى إلى أن نصوص القوانين الغربية هى الشريعة الإسلامية ذاتها، ومثل هذا العمل لايحمل طابع البحث العلمى الصحيح [1] ...

---

[1] يراجع المقال المشار إليه فى مجموعة مقالات وأبحاث السنهورى بالعدد الخاص من مجلة "القانون والاقتصاد" التي تصدرها كلية الحقوق بجامعة القاهرة، الجزء الأول سنة 1992 ص 487 510 .

<عوده> ١٨- *الاختلافات الأساسية بين الشريعة والقانون* .. تختلف الشريعة الإسلامية عن القوانين الوضعية اختلافا أساسيا من ثلاثة وجوه ...

الوجه الأول .. أن القانون من صنع البشر، أما الشريعة فمن عند الله، وكلا الشريعة والقانون يتمثل فيه بجلاء صفات صانعه. فالقانون من صنع البشر، ويتمثل فيه نقص البشر، وعجزهم وضعفهم وقلة حيلتهم، ومن ثم كان القانون عرضة للتغيير والتبديل أو ما نسميه التطور كلما تطورت الجماعة إلى درجة لم تكن متوقعة، أو وجدت حالات لم تكن منتظرة. فالقانون ناقص دائما، ولا يمكن أن يبلغ حد الكمال، مادام صانعه لا يمكن أن يوصف بالكمال، ولا يستطيع أن يحيط بما سيكون وإن استطاع الإلمام بما كان ...

أما الشريعة ... فصانعها هو الله، وتتمثل فيها قدرة الخالق وكماله وعظمته وإحاطته بما كان، وما هو كائن، ومن ثم صاغها العليم الخبير بحيث تحيط بكل شيء في الحال والاستقبال حيث أحاط علمه بكل شيء، وأمر جل شأنه ألا تغيير ولا تبديل حيث قال: ﴿لا تبديل لكلمات الله﴾ [يونس:٦٤] لأنها ليست في حاجة للتغيير والتبديل مهما تغيرت الأوطان والأزمان وتطور الإنسان ...

وقد يصعب على بعض الناس أن يؤمنوا بهذا القول؛ لأنهم لا يؤمنون قبل كل شيء بأن الشريعة من عند الله. ولست أهتم من أمر هؤلاء إلا بأن يؤمنوا بأن الشريعة تتوافر فيها الصفات التي ذكرتها، وعليّ أن أقيم لهم الدليل على توافرها، وعليهم هم بعد ذلك أن يبحثوا إن شاءوا عن سبب توافر هذه الصفات في الشريعة دون غيرها، وأن يبحثوا عن صانعها، ولينتظروا مني أن أقدم لهم الدليل عند الكلام على مميزات الشريعة، وإن كان في كل فصل من فصول هذا الكتاب الدليل على ما أقول ...

أما الذين يؤمنون بأن الشريعة من عند الله، فليس يصعب عليهم أن يؤمنوا بتوافر الصفات التي ذكرناها في الشريعة، ولو لم يقدم لهم الدليل المادي على ذلك؛ لأن منطقهم يقضي عليهم أن يؤمنوا بتوافر هذه الصفات. فمن كان يؤمن بأن الله خلق السموات والأرض وسير الشمس والقمر والنجوم، وسخر الجبال والرياح والماء، وأنبت النبات، وصور الأجنة في بطون أمهاتها وجعل لكل مخلوق خلقه من حيوان ونبات وجماد نظاما دائما لا يخرج عليه ولا يحتاج لتغيير ولا تبديل ولا تطوير .... من كان يؤمن بأن الله وضع قوانين ثابتة تحكم طبائع الأشياء وحركاتها واتصالاتها وأن

<عوده> هذه القوانين الطبيعية بلغت من الروعة والكمال مالا يستطيع أن يتصوره الإنسان. من كان يؤمن بهذا كله، وبأن الله أتقن كل شيء خلقه، فأولى به أن يؤمن بأن الله وضع الشريعة الإسلامية قانونا ثابتا كاملا لتنظيم الأفراد والجماعات والدولة، ولتحكم معاملاتهم، وأن الشريعة بلغت من الروعة والكمال حدا يعجز عن تصوره الإنسان ...

ومن كان يؤمن بهذا كله، ولكنه يريد أن يرى الدليل عليه ليطمئن قلبه، فلينتظر مع الفريق الأول حتى يرى الدليل في موضعه، بل لعله يرى في كل مكان من هذا الكتاب ما يطمئن قلبه ونفسه إن شاء الله ...

الوجه الثاني ... أن القانون عبارة عن قواعد مؤقتة تضعها الجماعة لتنظيم شئونها وسد حاجاتها، فهي قواعد متأخرة عن الجماعة، أو هي في مستوى الجماعة اليوم، ومتخلفة عن الجماعة غدا لأن القوانين لا تتغير بسرعة تطور الجماعة، وهي قواعد مؤقتة تتفق مع حال الجماعة المؤقتة وتستوجب التغيير كلما تغيرت حال الجماعة ...

أما الشريعة ... فقواعدها وضعها الله تعالى على سبيل الدوام لتنظيم شئون الجماعة فالشريعة تتفق مع القانون في أن كليهما وضع لتنظيم الجماعة ...

ولكن الشريعة تختلف عن القانون في أن قواعدها دائمة، ولا تقبل التغيير والتبديل، وهذه الميزة التي تتميز بها الشريعة تقتضي من الوجهة المنطقية:

أولا ... أن تكون قواعد الشريعة ونصوصها من المرونة والعموم بحيث تتسع لحاجات الجماعة مهما طالت الأزمان وتطورت الجماعة، وتعددت الحاجات وتنوعت.

ثانيا ... أن تكون قواعد الشريعة ونصوصها من السمو والارتفاع بحيث لا يمكن أن تتأخر في وقت أو عصر ما عن مستوى الجماعة ...

والواقع أن ما يقتضيه المنطق متوافر بوجهيه في الشريعة، بل هو أهم ما يميز الشريعة الإسلامية عن غيرها من الشرائع السماوية والوضعية. فقواعد الشريعة الإسلامية ونصوصها جاءت عامة ومرنة إلى آخر حدود العموم والمرونة، كما أنها وصلت من السمو درجة لا يتصور بعدها سمو ...

ولقد مر على الشريعة الإسلامية أكثر من ثلاثة عشر قرنا تغيرت في خلالها الأوضاع أكثر من مرة، وتطورت الأفكار والآراء تطورا كبيرا، واستحدث من العلوم والمخترعات ما لم يكن يخطر على خيال إنسان، وتغيرت قواعد القانون الوضعي ونصوصه أكثر من مرة لتتلاءم مع الحالات الجديدة والظروف الجديدة بحيث انقطعت

(عوده) العلاقة بين القواعد القانونية الوضعية التي نطبقها اليوم، وبين القواعد القانونية الوضعية التي كانت تطبق يوم نزلت الشريعة، وبالرغم من هذا كله ومع أن الشريعة الإسلامية لا تقبل التغيير والتبديل ظلت قواعد الشريعة ونصوصها أسمى من مستوى الجماعات، وأكفل بتنظيم وسد حاجاتهم وأقرب إلى طبائعهم وأحفظ لأمنهم وطمأنينتهم ... هذه هي شهادة التاريخ الرائعة يقف بها في جانب الشريعة الإسلامية، وليس ثمة ما هو أروع منها إلا شهادة النصوص ومنطق النصوص، وخذ مثلا قول الله ﷻ: ﴿وأمرهم شورى بينهم﴾-٧- [سورة الشورى:٣٨] أو اقرأ قول الرسول ﷺ : "لا ضرر ولا ضرار في الإسلام"، فهذان نصان من القرآن والسنة بلغا من العموم والمرونة واليسر ما لا يمكن أن يتصور بعده عموم أو مرونة أو يسر. وهما يقرران الشورى قاعدة للحكم-٨-

---

(الصدر) تعليق "رقم –٧–" معنى الآية المباركة أن الأمور التي أوكلها الله تعالى إلى الأمة لا يصح لفرد ولا جماعة أن تستبد بها، بل يوكل ذلك إلى مجموع الأمة ...

ولا تشمل هذه الآية المباركة الأمور التي اختص الله بها نفسه كالنبوة والإمامة ؛ لأنها ليست من أمور الأمة التي جعلها الله شورى بينهم فلا يصدق عليها أنها أمرهم لتشملها الآية الكريمة بل هي أمر الله .

(الشاوي) ... رأينا في "تعليق –٧–" نؤيد ما قاله السيد الصدر من : "أن الأمور التي أوكلها الله ﷻ إلى الأمة بالشورى لا يصح لفرد ولا جماعة أن تستبد بها، بل يوكل ذلك إلى مجموع الأمة". وهذا هو المقصود في نظرنا بالشورى في القرآن الكريم، وقد عاد إلى تأكيد ذلك في تعليقة رقم (١٥) ...

ونعتقد أن هذا المفهوم يجب الالتزام به في الفقه السني كما في الفقه الشيعي في نظرنا. ثم إن المبدأ الأساسي الذي أشار له السيد الصدر "ونحن نؤيده" يقرر أن الشورى حق لمجموع الأمة، وليس لشخص أو جماعة خاصة أن تختص به، وقد استندنا إليه في بحثنا في الاجتهاد والإجماع في كتابنا "فقه الشورى والاستشارة"، ودور الفرد العادي فيها .

(الصدر) تعليق ... "رقم –٨–" في ظرف لم يعين الله فيه قاعدة للحكم، أي غير زمان النبوة عند المسلمين أجمع وغير زمان وجود أحد الأئمة الاثنى عشر عند الشيعة، أو زمان غيبة الموجود منهم كأيامنا هذه ..

(الشاوي) ... رأينا في "تعليق رقم –٨–" إن ما أضافه السيد الصدر في نهاية تعليقه رقم (٧) ثم في رقم (٨) قصد به أن أحكام الشورى في الفقه الجعفري مقيدة بمبدإ عصمة الأئمة "الاثنى عشر" من آل البيت "الذين تعتبر إمامتهم كالنبوة من حيث العصمة في نظرهم". وهو يقول:=

﴿عوده﴾ على الوجه الذي لا يضر بالنظام العام، ولا بمصلحة الأفراد أو الجماعة. وبتقرير مبدإ الشورى على هذا الوجه، بلغت الشريعة من السمو حده الأقصى الذي لا يتصور أن يصل إليه البشر في يوم من الأيام، إذ عليهم أن يجعلوا أمرهم شورى بينهم بحيث لا يحدث ضرر ولا ضرار، وهيهات أن يتحقق ذلك بين الناس ...

ولو تتبعنا نصوص الشريعة لوجدناها على غرار النصين السابقين من العموم والمرونة والسمو. ومن السهل علينا أن نتبين هذه المميزات لأول وهلة في أي نص نستعرضه. فنصوص الشريعة كلها تصلح أمثلة على ما نقول، ويكفي أن نسوق للقارئ مثلا آخر قوله ﷻ: ﴿ادع إلى سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة وجادلهم بالتي هي أحسن﴾ [سورة النحل:١٢٥]، فهذا النص تدل صياغته على أنه بلغ حد العموم والمرونة، أما المبدأ الذي جاء به النص فلم يُعرف بعد أن هناك ما هو خير منه ولا يمكن أن يتصور العقل البشري أن هناك طريقا لأصحاب الدعوات يسلكونها في نشر دعواتهم خيرا من طريق الدعوة بالحكمة والموعظة الحسنة والجدال بالتي هي أحسن ...

ويستطيع القارئ أن يقرأ قوله ﷻ :﴿ولاتزر وازرة وزر أخرى﴾ [فاطر: ١٨]، وقوله ﷻ : ﴿لا يكلف الله نفسا إلا وسعها﴾ [البقرة :٢٨٦]، وقوله ﷻ : ﴿إن الله يأمر بالعدل والإحسان وإيتاء ذي القربى وينهى عن الفحشاء والمنكر والبغي﴾ [النحل: ٩٠]، وقوله ﷻ: ﴿إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل﴾ [سورة النساء: ٥٨]، وقوله ﷻ : ﴿ولا يجرمنكم شنآن قوم على ألا تعدلوا اعدلوا هو أقرب للتقوى﴾ [المائدة:٨]، وقوله ﷻ: ﴿يأيها الذين آمنوا كونوا قوّامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين﴾ [النساء:١٣٥]، يستطيع القارئ أن يستعرض هذه النصوص وغيرها ليرى كيف بلغت من العموم والمرونة كل مبلغ، وليرى أن المبادئ التي جاءت بها هذه النصوص قد بلغت من السمو ما ليس بعده زيادة لمستزيد، أو خيال لمتخيل ...

= "إن الأمور التي يختصون بها في مجال التشريع ليست من أمور الأمة التي جعلها الله شورى، ولا تشملها الآية الكريمة" رقم ٣٨ في "سورة الشورى"

وفي رأينا أن الفقه السني لا يقر بذلك، وقد قال هو صراحة إن ذلك من خصائص الشيعة كما أنه عاد لتأكيده في تعليقاته رقم (١٥، ١٦، ١٨) ...

‹عوده› الوجه الثالث : أن الجماعة هي التي تصنع القانون وتلونه بعاداتها وتقاليدها وتاريخها. والأصل في القانون أنه يوضع لتنظيم شئون الجماعة، ولا يوضع لتوجيه الجماعة، ومن ثم كان القانون متأخرا عن الجماعة وتابعا لتطورها، وكان القانون من صنع الجماعة ولم تكن الجماعة من صنع القانون ...

وإذا كان هذا هو الأصل في القانون من يوم وجوده ، فإن هذا الأصل قد تعدل في القرن الحالي، وعلى وجه التحديد بعد الحرب العظمى الأولى، حيث بدأت الدول التي تدعو لدعوات جديدة أو أنظمة جديدة تستخدم القانون لتوجيه الشعوب وجهات معينة، كما تستخدمه لتنفيذ أغراض معينة. وقد كان أسبق الدول على الأخذ بهذه الطريقة روسيا الشيوعية، وتركيا الكمالية، ثم تلتهما إيطاليا الفاشيستية وألمانيا النازية، ثم اقتبست بقية الدول هذه الطريقة فأصبح الغرض من القانون اليوم هو تنظيم الجماعة، وتوجيهها الوجهات التي يرى أولياء الأمور أنها في صالح الجماعة....

أما الشريعة الإسلامية فقد علمنا أنها ليست من صنع الجماعة، وأنها لم تكن نتيجة لتطور الجماعة وتفاعلها كما هو الحال في القانون الوضعي، وإنما هي من صنع الله ﷻ الذي أتقن كل شيء خلقه ...

وإذا لم تكن الشريعة من صنع الجماعة، فإن الجماعة نفسها من صنع الشريعة، إذ الأصل في الشريعة أنها لم توضع لتنظيم شئون الجماعة فقط كما كان الغرض من القانون الوضعي، وإنما المقصود من الشريعة قبل كل شيء هو خلق الأفراد الصالحين والجماعة الصالحة، وإيجاد الدولة المثالية، والعالم المثالي، ومن أجل هذا جاءت نصوصها أرفع من مستوى العالم كله وقت نزولها، ولا تزال كذلك حتى اليوم، وجاء فيها من المبادئ والنظريات ما لم يتهيأ العالم غير الإسلامي لمعرفته والوصول إليه إلا بعد قرون طويلة، وما لم يتهيأ هذا العالم لمعرفته أو يصل إليه حتى الآن. ومن أجل هذا تولى الله ﷻ وضع الشريعة، وأنزلها على رسوله في نموذج من الكمال ليوجه الناس إلى الطاعات والفضائل ويحملهم على التسامي والتكامل حتى يصلوا أو يقتربوا من مستوى الشريعة الكامل، وقد حققت الشريعة ما أراده لها العليم الخبير، فأدت رسالتها أحسن الأداء، وجعلت من رعاة الإبل سادة العالم ومن جهال البادية معلمين وهداة للإنسانية ...

ولقد أدت الشريعة وظيفتها طالما كان المسلمون متمسكين بها عاملين بأحكامها. تمسك بها المسلمون الأوائل، وعملوا بها وهم قلة مستضعفة يخافون أن يتخطفهم الناس، فإذا هم في عشرين سنة سادة العالم وقادة البشر، لا صوت إلا صوتهم، ولا كلمة

﴿عوده﴾ تعلو كلمتهم. وما أوصلهم لهذا الذي يشبه المعجزات إلا الشريعة الإسلامية التي علمتهم وأدبتهم، ورققت نفوسهم، وهذبت مشاعرهم وأشعرتهم بالعزة والكرامة، وأخذتهم بالمساواة التامة، والعدالة المطلقة، وأوجبت عليهم أن يتعاونوا على البر والتقوى، وحرمت عليهم الإثم والعدوان، وحررت عقولهم ونفوسهم من نير الجهالات والشهوات، وجعلتهم يعتقدون أنهم خير أمة أخرجت للناس يأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر ويؤمنون بالله ...

كان ذلك حال المسلمين طالما تمسكوا بشريعتهم. فلما تركوها وأهملوا أحكامها تركهم الرقي وأخطأهم التقدم، ورجعوا القهقرى إلى الظلمات التي كانوا يعمهون فيها من قبل، فغدوا مستضعفين مستعبدين لا يستطيعون دفع معتد ولا الامتناع من ظالم ...

وقد خيل للمسلمين وهم في غمرتهم هذه أن تقدم الأوروبيين راجع لقوانينهم وأنظمتهم، فذهبوا ينقلونها، وينسجون على منوالها، فلم تزدهم إلا ضلالا على ضلالهم وخبالا على خبالهم، وضعفا على ضعفهم، بل جعلتهم أحزابا وشيعا كل حزب بما لديهم فرحون بأسهم بينهم شديد، تحسبهم جميعا وقلوبهم شتى ...

ولو أراد الله ﷻ بالمسلمين خيرا لعلموا أن الشريعة الإسلامية – وقد جاءت كاملة لا يشوبها نقص، حاملة في طياتها وسائل التقدم والتطور المستمر للمجتمع – هي أصلح الشرائع لعصور التقدم وعصور التأخر على السواء؛ لأنها في كل الأحوال ترمي إلى تكوين الجماعة الصالحة وتوجيهها دائما إلى التقدم المستمر والتطور الصالح ولا تقنع من ذلك بما هو دون الكمال التام ...

وإن في تاريخ المسلمين لآية، وإنه لعبرة لمن كان له قلب، وإن فيه الدليل الحاسم على أن الشريعة الإسلامية هي التي خلقت المسلمين من العدم. وجعلتهم أمة فوق الأمم ودفعتهم إلى الأمام، وسلطتهم على دول العالم، وإنه فيه الدليل الحاسم على أن حياة المسلمين وتقدمهم ورقيهم متوقف على تطبيق الشريعة الإسلامية؛ فالمسلمون من صنع الشريعة، كيانهم تابع لكيانها، ووجودهم مرتبط بوجودها، وسلطانهم تابع لسلطانها ...

وأحب قبل الانتقال إلى موضوع آخر أن أنبه القارئ إلى أن القانون الوضعي، حين تحول أخيرا عن أصله الأول، فصار يوضع لتوجيه الجماعة إنما أخذ في ذلك بنظرية الشريعة الإسلامية التي تجعل الأصل في التشريع الإسلامي أن يصنع الجماعة ويوجهها ثم ينظمها. هكذا انتهى القانون الوضعي إلى ما بدأت به الشريعة، وسبقت إليه من ثلاثة عشر قرنا. فإذا ما قال علماء القانون الوضعي إنهم وصلوا لنظرية جديدة، قلنا لهم.. كلا ولكنكم تسلكون طريق الشريعة وتسيرون في أثرها...

18 - خصائص الشريعة توجب تمييزها عن القانون الوضعي هي والفقه المكمل لها ولو كان في صورة تقنين :

إن "عوده" يؤكد التفرقة بين الشريعة والقوانين الوضعية، وهو ليس وحده فى ذلك. فهذا (السنهورى) الذى يعتبره كثيرون "أبا" لمجموعات القوانين المدنية العصرية الوضعية فى العالم العربي يؤكد ذلك فى كتابه الشهير عن "مصادر الحق فى الفقه الإسلامى" حيث يرى أن هذه التفرقة واجبة لإبراز عظمة فقهنا وشريعتنا، إذ يقول :

"لـــن يكـــون همنا فى هذا البحث إخفاء ما بين "الفقه الإسلامى" والفقه "الغربى" الوضعى من فروق فى الصنعة والأسلوب، بل على النقيض من ذلك سنعنى بإبراز هذه الفـــروق حتى يحتفظ الفقه الإسلامى بطابعه الخاص. ولن نحاول أن نصطنع التقريب ما بـــين الفقه الإسلامى والفقه الغربى على أسس موهومة أو خاطئة، فإن الفقه الإسلامى نظام قانونى عظيم له صنعة يستقل بها ويتميز عن سائر النظم القانونية فى صياغته.

وتقضـــى الدقة والأمانة العلمية علينا أن نحتفظ لهذا الفقه الجليل بمقوماته وطابعه. ونحـــن فى هـــذا أشد حرصا من بعض الفقهاء المحدثين، فيما يؤنس فيهم من ميل إلى تقـــريب الفقـــه الإســـلامى من الفقه الغربى (الوضعى). ولا يعنينا أن يكون الفقه الإسلامى قريبا من الفقه الغربى، فإن هذا لا يكسب الفقه قوة، بل لعله يبتعد به عن جانب الجدة والإبداع، وهو جانب للفقه الإسلامى منه حظ عظيم".[1]

إن فقيهـــنا يؤكـــد أن "الشريعة" حتى بمعناها الواسع الذى يشمل الفقه بمذاهبه المـــتعددة تختـــلف عـــن القوانين الوضعية اختلافات أساسية، وتتميز عنها بمميزات جوهرية تحول دون قياسها عليها أو التسوية بينها وبين تلك القوانين الوضعية التى لا تلـــتزم بمـــنابع الوحى السماوى فى الكتاب والسنة، بل تقوم فى نظره على نظريات فلســـفية واعتبارات اجتماعية وإنسانية "تغير وتتبدل" وبالتالى فإن القوانين الوضعية الـــتى تنشـــأ على هذه الأسس دون التزام بمقاصد شريعتنا وأصولها ونظرياتها العامة تختـــلف عن فقهنا الإسلامى سواء فى صورته التقليدية فى كتب التراث، أو فى صورة تقنينات عصرية ملتزمة بأصول الشريعة ومبادئها ونظرياتها.

---

[1] تراجع مقدمة السنهورى لكتابه القيم عن "مصادر الحق فى الفقه الإسلامى" ص٢و٣، ويراجع رأينا فى عدم جواز قياس "التعازير" على "العقوبات الجنائية".

❁ الجمع بين ثبات الشريعة ومرونة الفقه وتطوره :

لقــد حرص على تأكيد هذه التفرقة لأن لها نتائج مهمة فى نظره : "أهمها أن لها طــبيعة تختــلف تمامــا عن طبيعة القوانين الوضعية"، لأنها نشأت كاملة فى أصولها ونصوصــها المقدسة، لكنها مع ذلك وفرت للفقه المكمل لها صفات المرونة والنمو والتطور لمواجهة ما يستجد من احتياجات الأفراد والجماعات.

ومصــدر هذه المرونة هو مبادئ الشريعة (بالمعنى الضيق الذى يشير إلى نصوص الكــتاب والسنة)، فإن من أهم قواعدها وأصولها المقررة بتلك النصوص ذاتها مبدأ شــرعية الإجمــاع والاجتهاد وضرورتهما كمصدرين لأحكام الفقه التابع للمصادر الســماوية والنابع منها والملتزم بأصولها ومبادئها والمكمل لها، وهذا العنصر الفقهى ينضم إلى الكتاب والسنة لتكوين الشريعة بالمعنى الواسع .

وتوافــر هذيــن العنصرين فى شريعتنا يمكننا من أن نعترف لها بصفتين قد يراهما الــبعض متعارضــتين. فالعنصر الإلهى يضمن لها الثبات والكمال والسمو، وعبر عن ذلك بأنها لاتقبل التغيير والتبديل. أما العنصر الاجتهادى فإن التزامه بنصوص الكتاب والسنة يضمن لشريعتنا المرونة والتطور فى الفهم والتجديد والتفريع والتطوير.

إن هــذا يفسر لنا قوله إن الشريعة تتصف بالمرونة، بعد أن أكد مرارا أنها لاتقبل التغيير والتبديل؛ لأن نصوصها فى نظره جاءت عامة ومرنة إلى أقصى حدود العموم والمرونة، وأهم أبواب المرونة جاءت من تشريع الإجماع والاجتهاد، وإنَّ جعْلهما من مصادر الشريعة هو من المبادئ الثابتة فى الكتاب والسنة.

وذلك الاتصال بالمنبع السماوى للشريعة المتمثل فى الكتاب والسنة، يكفى لكى يصف الشريعة كلها بأنها "قانون سماوى أو إلهى" لأن منبعها هو الكتاب والسنة، وهما نصوص مقدسة خالدة لاتقبل التغيير ولكنها مع ذلك توفر للفقه المرونة الكافية.

وهــنا يجدر بنا الإشارة إلى أن هذا يؤكد قوله : "إن كلمة "الفقه" فى الشريعة لها معنى يختــلف عن "الفقه" فى القوانين الوضعية، لأن الفقيه يقوم بدور مهم فى استنباط الأحكام، أى أنــه يســاهم مســاهمة فعلية كبرى فى عملية التشريع، دون أن تُعدَّ أحكامه فى مرتبة نصوص التشريع السماوى".

يجب أن نضيف رأينا بأن مهمة الفقه الإسلامى فى التنظير فى العصر الحاضر يمكن أن تدخــل فى نطاق مبدإ القياس الذى قرره فقهاؤنا بأوسع معانيه، وغيره من أبواب الاجتهاد مثل المصالح المرسلة والاستحسان وغيرهما، لأن التنظير أداة لربط الأحكام الفرعية بمبادئ وأصول كلية، عن طريق الرجوع إلى النظريات العامة التى تهيمن على الأحكام الفرعية وتسهل مهمة استنباطها.

❁ الشريعة تنشئ الجماعة الصالحة على أصول ثابتة :

وقد ذكر مثالا لما قررته الآيات القرآنية من مبادئ كلية : مبدأ "الشورى" الذى هو أساس النظام السياسى والاجتماعى، ومبدأ "لاضرر ولاضرار" الذى تقوم عليه نظريات مدنيـــة عديدة أهمها "المسئولية المدنية". بل يضيف لذلك أن "نصوص الشريعة" (المعنى الخاص أى الكتاب والسنة) تتضمن مبادئ أصولية وكلية ذكر منها نماذج سوف نرى فـــيما بعد أنها هى وأمثالها من الأحكام التكليفية لاوجود لها فى القانون الوضعى، وهى أســـس لنظريات خصبة تزود المجتمع بما يحتاج إليه من أحكام فى المستقبل إذا قام الفقه بواجبه فى مرحلة "التنظير" مستندا إلى النصوص المحكمة فى الكتاب والسنة.

إن الفـــارق الجوهـــرى فى نظره بين الشريعة (بمعناها الواسع الذى يشمل الفقه والتقنيـــنات الملـــتزمة بـــه) وبين القوانين "الوضعية" هو فى سمو المنبع الإلهى والمنشإ والغايات والمقاصد العليا لها مستندا إلى النصوص المحكمة فى الكتاب والسنة.

فالشـــريعة التى قال إنها ولدت شابة مكتملة، ونزلت من عند الله شريعة كاملة شاملة جامعـــة مانعـــة، أنزلها الله على قلب رسوله فى فترة قصيرة بدأت ببعثة الرسول وانتهت بوفاته، "إنما قصد بها" نصوص الكتاب والسنة النبوية التى اكتملت بوفاته (ﷺ) ولم يعد مـــن الممكـــن إضافة شىء لها. وهو يشير إلى اعتبارها منبع أحكام فرعية، سواء منها ما تضمنته النصوص أو ما استنبطه الفقهاء منها وعلى هديها. فهو هنا يقصد الشريعة بالمعنى الضـــيق، لأن الاجـــتهاد والإجماع والفقه إنما جاء بعد اكتمال الشريعة الإلهية التى يشير إليها والتى يعُد نصوصها أسمى من مستوى الجماعات، ومع ذلك فقد فتحت للناس باب الـــتجديد والـــتطور بتشريع الإجماع و الاجتهاد على أساس مبادئها الكلية، وأحكامها التكليفية التى تتصف بالسمو والمرونة والعموم التى توسع فى عرض كثير منها.

الغاية من شريعتنا (بمعناها الواسع الشامل) أشار إليها بقوله إنها ترمى إلى تكوين الجماعـــة الصـــالحة وتوجيهها دائما للتقدم والتطور الصالح، ولا تقنع بما هو دون الكمـــال الـــتام. فهى التى خلقت أمة الإسلام من العدم وجعلتهم أمة فوق الأمم، ودفعتهم إلى الأمام، وهذا بخلاف القوانين الوضعية فهى من صنع الجماعة أو من يمثلونها أو يفرضون أنفسهم عليها[1] – أما شريعتنا (بالمعنى الضيق) فليست من صنع البشر، مهما تكن عبقريتهم ولا ما يمارسونه من سلطان، بل إن الجماعة كلها هى من صنعها؛

---

[1] يلاحظ أنه يذكرنا بالتفرقة بين الشريعة و"القوانين الوضعية" فى مواضع كثيرة متعددة فيما بعد... يراجع البندان 44 و45 وما بعدهما ...

❁ أحكام الفقه مستنبطة من مصادر الشريعة وليست قوانين "وضعية" :

إنها هى التى أنشأت أمة الإسلام ورسمت لها طريق النهضة، فأول مقاصدها هو إيجاد المجتمع الصالح الكامل المثالى.

إنــه يصــر على أن الطابع الإلهى يكسب الشريعة (المعنى الضيق الذى يشير إلى النصوص القطعية فى الكتاب والسنة) صفات الثبات والشمول والكمال. ومعنى ذلك أن هــذه النصوص القطعية لا تقبل التطوير أو التعديل أو التبديل، وهذا ليس مجرد افتراض تحكمى من عنده – بل إنه حكمة إلهية لتقوم الشريعة بدور مختلف تماما عن الــدور الــذى يقــوم بــه القانون الوضعى. فالقانون الوضعى ثمرة لظروف المجتمع وأوضــاعه المــتغيرة، ولذلك فإنه بطبيعته "قواعد مؤقتة متأخرة عن وجود الجماعة ونشأتها"، وأقصى ما تصل إليه أو تطمح له تلك القوانين أن تكون فى مستوى المجتمع الــذى أنتجها، وإن كان هذا ليس مضمونا، لأن تطور الجماعة يسبق تطور قوانينها، وحالهــا وأوضاعها تتغير أولا ثم تلحق بها القوانين الوضعية إذا وجدت من واضعيها من يبادر إلى ذلك، فهى دائما متأخرة عن تطور المجتمع.

أمــا الشــريعة الإلهية فإن مبادئها السامية ومقاصدها الثابتة ذات المصدر الإلهى تقــوم بدور آخر، إنها بدأت أعلى من مستوى الجماعة، بل هى التى تنشئ الجماعة وتهديهــا وتــرفع مســتواها وتسمو بها إلى الحدود المثالية[1] التى قدرها الله لصلاح المجــتمعات وحضارتها وتقدمها، فهى بطبيعتها الإلهية متقدمة عن الجماعة وقواعدها أسمــى مــن مستوى الجماعات، وعلى الجماعات أن تنهض للالتزام بقيمها الخالدة ومبادئها السامية لتصل إلى ما يريده الله لها من سمو وعدل وصلاح، وذلك عن طريق الاجتهاد والإجماع على أساس تلك المبادئ والنصوص الإلهية.

وقــد حاول البعض وصف الفقه الإسلامى فيما يقدمه من اجتهاد أو إجماع، بأنه جــزء "وضعى" من الشريعة الإسلامية، لكن هذا الزعم يتجاهل الفرق الجوهرى بين اجتهادات الفقه الإسلامى (حتى ولو صيغت فى صورة تقنينات رسمية) وبين القوانين الوضــعية. فالفقه الإسلامى ولو كان مقننا هو جزء من الشريعة مستمد منها ومبنى عــلى أصولها ومنابعها ونظرياتها وقواعدها، ولذلك لا يصح وصفه بأنه قانون أو فقه وضعى أو أنه مجرد أحكام وضعية من صنع البشر.

---

[1] استعمل كلمة الحدود بمعناها الأصلى، وهو جميع قواعد الشريعة (بالمعنى الضيق) ومبادئها العامة وليس ما يعرف الآن بهذا الاسم من العقوبات الجنائية .

<عوده> ١٩ـ *المميزات الجوهرية التي تميز الشريعة عن القانون* ... ونستطيع بعد أن عرضنا الخلافات الأساسية بين الشريعة والقوانين الوضعية أن نتبين أهم المميزات التي تميز الشريعة عن القوانين، لأن كل ما تخالف الشريعة فيه القوانين، يعتبر في الوقت نفسه مما يميز الشريعة عن القوانين . وعلى هذا يمكننا أن نستخلص مما ذكر من الاختلافات ... أن الشريعة الإسلامية تمتاز عن القوانين الوضعية بثلاث ميزات جوهرية :

الميزة الأولى: "الكمال". تمتاز الشريعة الإسلامية عن القوانين الوضعية بالكمال، أي بأنها استكملت كل ما تحتاج إليه الشريعة الكاملة من قواعد ومبادئ ونظريات وأنها غنية بالمبادئ والنظريات التي تكفل سد حاجات الجماعة في الوقت الحاضر القريب والمستقبل البعيد ...

الميزة الثانية : "السمو". تمتاز الشريعة الإسلامية عن القوانين الوضعية بالسمو، أي بأن قواعدها ومبادئها أسمى دائما من مستوى الجماعة، وأن فيها من المبادئ والنظريات ما يحفظ لها هذا المستوى السامي، مهما ارتفع مستوى الجماعة ...

الميزة الثالثة: "الدوام". تمتاز الشريعة الإسلامية عن القوانين الوضعية بالدوام أي بالثبات والاستقرار، فنصوصها لا تقبل التعديل والتبديل مهما مرت الأعوام وطالت الأزمان، وهي مع ذلك تظل حافظة لصلاحيتها في كل زمان ومكان ...

هذه هي الميزات الجوهرية للشريعة الإسلامية ... وهي على تعددها وتباينها ترجع إلى أصل واحد نشأت عنه جميعا بحيث يعتبر كل منها أثرا من آثاره. وهذا الأصل هو أن الشريعة الإسلامية من عند الله ومن صنعه. ولولا أن الشريعة من عند الله لما توافرت فيها صفات الكمال والسمو والدوام، تلك الصفات التي تتوافر دائما فيما يصنعه الخالق ولا يتوافر شيء منها فيما يصنعه المخلوق ...

٢٠ـ *الأدلة على توافر هذه المميزات في الشريعة* ... وإذا كنا قد ذكرنا أن الشريعة تتميز بالسمو والكمال والدوام، فقد بقي علينا أن نقدم الدليل على توافر هذه المميزات. وسيتبين للقارئ فيما يأتي أن هذه المميزات متوافرة في كل مبدإ، وفي كل نظرية، وفي كل قاعدة قانونية جاءت بها الشريعة الإسلامية. وسنعرض على القارئ الآن طائفة من النظريات والمبادئ الشرعية التي لم تعرفها القوانين الوضعية إلا أخيرا، أو لم تعرفها بعد، تتوافر فيها جميعا كل هذه المميزات، وسيرى القارئ أن هذه المميزات كلها تتوافر في كل المبادئ والنظريات التي سنتعرض لدراستها في هذا الكتاب، فالدليل إذن على توافر هذه المميزات هو الواقع الذي لا يكذب، وليس بعد منطق الواقع حاجة لدليل أو استدلال ...

19– 20 – تخلف المجتمع الإسلامي يعالج بالتجديد والاجتهاد والتقنين الشرعي ليس قانونا وضعيا :

طالمـــا أن المجـــتمع يؤمن بالشريعة، فإنه يستطيع علاج تخلفه إذا أصابه الوهن أو التخـــلف، فـــإن ذلك "عارض مؤقت" يعالجه المجتمع بالتجديد عن طريق الاجتهاد والإجماع؛ لكى يلحق بالمستوى السامى لمبادئ الشريعة:

إن شـــريعتنا ذات مصدر إلهى وطابع دينى، فلم يصنعها المجتمع بل هى التى تهيمن على المجتمع، لكى توجهه إلى الفضائل والقيم العليا، فهى تربى المجتمع وتنشئه وتؤهله لكـــى يكون صالحا متقدما متطورا باستمرار نحو الأفضل والأسمى. ودليل ذلك أنها أنشـــأت مـــن القبائل العربية المتخلفة المتصارعة المتناحرة أمة قوية فتحت الأمصار، ورفعت مستوى الشعوب، وهيأتهم لينشئوا أمة عالمية ذات حضارة عظيمة فى عصور الإسلام الزاهرة، فهى التى صنعت الأمة، وليست الأمة ولا الشعوب، ولا الدول هى الـــتى وضعتها... بخلاف القوانين الوضعية التى هى من صنع المجتمع أو دوله وحكامه المسيطرين عليه.

ومـــن المؤكـــد أن المجـــتمع لا يستقر على حال،فهو يرتفع حينا وينحط أحيانا، والـــدول تتغير وتزول، والقوانين التى تصدرها الدول يتغير حالها بتغير حال المجتمع، ويصيبها كل ما يصيبه من أسباب التخلف والتدهور والفساد .

أمـــا الشـــريعة (بالمعنى الضيق) فقد فرضها الخالق المدبر للكون كله، وحدد لها مـــنابعها ومصادرها، وأعد مبادئها لكى تبقى مقاصدها وأهدافها كاملة سامية ثابتة تســـتنهض المجـــتمعات دائمـــا لكـــى تسمو إلى مستواها، ولذلك فتحت مصادرها السماوية لنا باب الاجتهاد والإجماع ليكونا أداة لتجديدها ونموها.وزادت على ذلك بـــأن وســـعت ســـلطة القاضى فى تحديد"التعازير" وتقدير الجزاءات المناسبة للواقعة المعروضة عليه، والمتهم المقدم له،وهذا التوسيع منح له باعتباره فقيها؛ فتوسيع سلطة القضاء دليل آخر على مرونة الفقه لأنه مكمل لعمل الفقهاء المجتهدين ودليل عليه .

ومن شأن الجماعة أن تنجح حينا أو تفشل حينا آخر فى الوصول إلى هذا المستوى السامى الذى تريده الشريعة، فهى قد تتخلف عنها، وتقصر فى فهمها أو الاستفادة من مبادئها وأصولها، لكن ذلك عارض يوجب عليها أن تجدد وتجتهد لكى ترتفع إلى المستوى

{٥٩/١}

طريقتنا فى السير على منهاجه والاستجابة لرجائه :

الــــذى تفرضه لها الشريعة السامية الكاملة التى فرضها الله على سبيل الدوام. ومن رحمة الله وعدله أن أعطى شريعته العادلة الخالدة (بالمعنى الضيق) إلى جانب ذلك أكبر قــدر مـــن المرونة، لكى تفتح للمجتمع طريق هذا التطور والتجديد، وتمهد له سبل التقدم المنشـــود بواســـطة الفقـــه، والأدلة الفقهية للأحكام "الشرعية" المستمدة من الإجماع و الاجتهاد، والتى تلتزم بالمصادر الشرعية وتنتسب لها ، وتستمد منها طابعها الإلهى، سواء بقيت هذه الأحكام فى طيات الكتب، والمؤلفات كما هو الشأن فى جميع عصور تاريخنا أو بالصور المستحدثة للتقنينات المستمدة من الشريعة الملتزمة بها.

فى نظـــرنا أن هناك إذن شرطين فى التقنين ليكون له صفة شرعية (حتى ولو تبنته الدولة أو أصدرته) :

أولهما : أن يستمد من مصادر الشريعة ويلتزم أصولها.

ثانيهما : أن يكون ملتزما بحدودها وأحكامها القطعية ومقاصدها السامية.

* * *

بهـــذا تتميز شريعتنا بثبات الأصول والمنابع السماوية ومرونة الفروع النامية الباسقة المتطورة المتجددة فى الفقه أى الاجتهاد والإجماع، وتكون نصوصها (حتى لو عرضت فى صورة تقنين عصرى) كالكلمة الطيبة ﴿أصلها ثابت وفرعها فى السماء﴾[إبراهيم :24].

* * *

ســـيرى القارئ أننا لم نتردد فى نقد بعض ما توصل إليه شهيدنا من آراء، ولم نقصر فى المـــبادرة إلى إضـــافة آراء جديدة نراها تكمل ما بدأه أسلافنا وما سارعليه شهيدنا. ونحـــن بهـــذا إنما نسير على المنهاج الذى سار عليه فقهاؤنا فى بناء المذاهب المتعددة و الآراء المختـــلفة الـــتى تشهد بعبقرية هذه الشريعة وتميزها عن كل النظم القانونية فى وجـــود مذاهب عديدة وآراء متنوعة، لكنها برغم اختلافها تنبع من مصدر واحد هو الوحى الإلهى فى الكتاب والسنة وتعتز بالانتساب إليه.

لن نقصر فى إبراز أهمية الاجتهادات التى قدمها "الشهيد عبد القادر عوده" فى كتابه، وأولهـــا فى نظـــرنا أنه يفتح لنا ولغيرنا من الداعين لتطبيق الشريعة الإسلامية بابا واسعا للـــتجديد والتنظير، ثم التقنين والتطوير الذى تستلزمه ظروف الزمان والمكان فى الوقت الحاضر والمستقبل إن شاء الله.

 الدراسة المقارنة مهدت الطريق للتقنينات العصرية فى الفقه الجنائي الإسلامي:

إن مـــن أول أهـــداف بحـــثه تهيئة الأسباب للسير فى طريق التقنينات الشرعية، لأن المرحـــلة الحاليـــة فى مجتمعاتنا المعاصرة تتميز باهتمام العلماء بعرض الأحكام الشرعية فى صورة مجموعات أو مدونات مرتبة ترتيبا علميا أصبح له نماذج نمطية تسير عليها القوانين الوضـــعية فى أغـــلب الـــدول، ولا يشـــذ عن حركة التقنين العالمية سوى القانون العام الإنجليزى Common Law الذى يعتمد على السوابق القضائية، والفقه الإسلامي الذى يعتمد على كتب التراث فى المذاهب المختلفة .

وكمـــا أن القـــانون العام الإنجليزى لايقف عند حد السوابق القضائية بل تكمله تشـــريعات نظامية، فإن ذلك سيكون الحال فى شريعتنا، لكن التقنين لن يكون بديلا عـــن الفقه، كما أن الفقه لايغنى عن التقنينات المكملة له والمستمدة منه ـــ وكلاهما ليـــس إلا ثمرة من ثمار الشريعة بالمعنى الضيق الذى يقصد به نصوص الكتاب والسنة كما بينا .

<عوده> ا٦- *نظـرية المســاواة* ... جاءت الشريعة الإسلامية من وقت نزولها بنصوص صــريحة تقرر نظرية المساواة، وتفرضها فرضا. فالقرآن يقرر المساواة ويفرضها على الناس جميعا في قوله ﷻ: ﴿يأيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند الله أتقاكم﴾ [الحجرات:١٣]. والرسول ﷺ يكرر هــذا المعــني في قولــه: "الناس سواسية كأسنان المشط الواحد لا فضل لعربي على أعجمـــي إلا بالــتقوى". ثم يؤكد هذا المعنى تأكيدا في قوله ﷺ : "إن الله قد أذهب بالإســلام نخــوة الجاهــلية، وتفاخرهم بآبائهم لأن الناس من آدم، وآدم من تراب وأكرمهم عند الله أتقاهم" ...

ويلاحــظ عــلى هــذه النصوص أنها فرضت المساواة بصفة مطلقة، فلا قيود ولا استثناءات، وإنما المساواة على الناس كافة، أي على العالم كله، فلا فضل لفرد على فرد ولالجماعة على جماعة، ولالجنس على جنس، ولا للون على لون، ولا لسيد على مسود، ولا لحاكم على محكوم .

وهــذا هو نص القرآن ليذكر الناس أنهم خلقوا من أصل واحد من ذكر وأنثى، ولا تفاضــل إذا اســتوت الأصول، وإنما مساواة. وهذا هو قول الرسول ﷺ يذكر الــناس أنهم جميعا ينتمون لرجل واحد، خلق من تراب، فهم متساوون ويشبههم في تساويهم بأسنان المشط الواحد، ولم يعرف أن سنا من مشط فضلت على سنة أخرى.

* * *

وقد نزلت نظرية المساواة على الرسول، وهو يعيش في قوم أساس حياتهم وقوامها التفاضــل. فهــم يتفاضــلون بالمــال والجاه، والشرف واللون، ويتفاخرون بالآباء والأمهــات والقــبائل والأجــناس. فلم تكن الحياة الاجتماعية وحاجة الجماعة هما الدافعــين لتقرير نظرية المساواة، وإنما كان الدافع لتقريرها من وجه هو رفع مستوى الجماعة ودفعهم نحو الرقي والتقدم. كما كان الدافع لتقريرها من وجه آخر ضرورة "تكميــل" الشريعة بما تقتضيه "الشريعة الكاملة الدائمة" من مبادئ ونظريات. ولا جدال في أن عبارة النصوص جاءت عامة مرنة إلى آخر درجات العموم والمرونة، فلا يمكــن مهمــا تغيرت ظروف الزمان والمكان والأشخاص أن تضيق عبارة النصوص بما يستجد من الظروف والتطورات. والعلة في وضع نصوص الشريعة على هذا الشكل

<عوده> أن الشـــريعة لا تقبل التعديل والتبديل فوجب أن تكون نصوصها بحيث لا تحتاج إلى تعديل أو تبديل ...

وإذا كـــانت نظرية المساواة قد عرفت في الشريعة الإسلامية من ثلاثة عشر قرنا، فإن القوانين الوضعية لم تعرفها إلا في أواخر القرن الثامن عشر، وأوائل القرن التاسع عشر. وإذن فقد سبقت الشريعة الإسلامية القوانين الوضعية في تقرير المساواة بأحد عشر قرنا، ولم تأت القوانين الوضعية بجديد حين قررت المساواة، وإنما سارت في أثر الشـــريعة واهتدت بهداها. وسيرى القارئ فيما بعد أن القوانين الوضعية تطبق نظرية المساواة تطبيقا محدودا بالنسبة للشريعة الإسلامية التي توسعت في تطبيق النظرية إلى أقصى حد[1] ...

---

(١) يـــراجع الفصل المخصص لسريان القانون على الأشخاص، فقد تكلمنا فيه على نظرية المساواة بتوسع، بيـــنما قصـــرنا الكلام هنا على قدر ما يقتضيه المقام من بيان مميزات الشريعة فيما جاءت به من مبادئ ونظريات ...

21 - نظرية المساواة الإنسانية فى الكتاب والسنة :

يكفى استعراض النصوص القرآنية التى استمد منها "فقيهنا" هذه النظرية، وتأكيده على إطلاقها وعمومها، ووصفها بأنها تشمل الناس كافة بلا قيود ولا استثناءات، فلا فضل لفرد على فرد، ولا لجماعة على جماعة، ولاجنس على جنس، ولا لون على لون، ولاسيد على مسود، ولا لحاكم على محكوم لكى نقتنع بما توصل إليه من أن شريعتنا السمحة قد سبقت غيرها بالعناية بهذه المبادئ التى ما زال البعض ينسبها إلى "الفقه العصرى" أو المدنية الأوربية، حتى إن هناك من يزعم أنها نتيجة للثورة الفرنسية فى أوربا، وينسون أن شريعتنا قد سبقتها إلى ذلك بقرون عديدة مما استدل به على ما تتمتع به شريعتنا من كمال وسمو لاتدانيها فيهما شرائع أخرى يصفونها بالتقدم، رغم أنها متأخرة على شريعتنا التى سبقتها إلى ذلك بنصوص قاطعة .

ولم يكتف الإسلام بتقرير المبدإ، بل إنه بين لنا أساس المساواة بين البشر وموجبها، وهو أن لهم جميعا إلها واحدا، وأبا واحدا. وقد أوضحت أحاديث نبوية عديدة هذا المبدأ، وأكده رسولنا الكريم فى خطابه الدستورى التاريخى فى حجة الوداع.

وسوف نعتمد كثيرا على اهتمامه بهذه النظرية فى تقديم بعض الاقتراحات والآراء المتعلقة بعدد من الأحكام الفرعية، والتى قد تتجاوز ما ذهب إليه هو أو غيره من الفقهاء الأقدمين أو المحدثين فنرجو أن يتقبلها القارئ بصدر رحب، وأن يعذرنا إذا كنا نصر على إعمال النظريات الأساسية والمبادئ العامة التى نعرضها، ليتدبرها القارئ والباحثون فى المستقبل، لأن مبادئ شريعتنا السمحة - كما قال هو - إنما جاءت لترفع مستوى الجماعات الإنسانية وتدفعها إلى السمو والتقدم[1].

---

[1] نقترح على القارئ - بعد اطلاعه على هذا البند (21) والذى يليه (22)- أن ينتقل إلى البندين (29، 31) ... ثم البند (28) لعلاقة مبدإ المساواة الوثيقة بموضوع الأسرة على النحو الذى سوف نفصله. كما نقترح أيضا تأخير البند (30) ليكون بعد البند (31) المرتبط والمكمل للبند (29) فى نظرنا.

<عوده> ٢٢ـ *نظرية مساواة المرأة بالرجل* ... هذه النظرية ليست إلا فرعا من النظرية العامة للمساواة أو تطبيقا لها، وقد فضلنا أن نجعل لها مكانا خاصا لأهميتها، ولأنها دليل ظاهر على عدالة الشريعة وسموها وحكمتها في تقرير الحقوق وتوزيع الواجبات، وأن الشارع لا يطبق المبادئ العامة تطبيقا آليا وإنما يطبقها ليحقق بها نفعا أو يدفع بها ضررا ...

والقاعدة العامة في الشريعة الإسلامية ... أن المرأة تساوي الرجل، في الحقوق والواجبات، فلها مثل ماله، وعليها مثل ما عليه . وهى تلتزم للرجل بما يقابل التزاماته لها، فكل حق لها على الرجل يقابله واجب عليها للرجل، وكل حق للرجل عليها يقابله واجب على الرجل لها، وذلك قوله ﷻ: ﴿ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف﴾ [البقرة :٢٢٨] ...

ولكن الشريعة في تقريرها المساواة بين الرجل والمرأة كقاعدة عامة، ميزت الرجل عن المرأة بميزة واحدة، فجعلت له على المرأة درجة في قوله ﷻ:﴿وللرجال عليهن درجة﴾ [البقرة:٢٢]. وقد بين القرآن حدود هذه الميزة، أو الدرجة التي اختص بها الرجل في وقوله ﷻ: ﴿الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم﴾ [النساء :٣٤]، فبين ذلك أن الدرجة هى درجة الرئاسة والقوامة على شئونهما المشتركة* ...

ولاشك فى أن الرجل، وهو المكلف طبقا للشريعة بالإنفاق على المرأة وتربية الأولاد، والمسئول الأول عن الأسرة، أحق بالرئاسة والقوامة على شئون الأسرة المشتركة لأن مسئوليته عن هذه الشئون تقتضي أن يكون صاحب الكلمة العليا فيها....

فالسلطة التي أعطيت للرجل إنما أعطيت له مقابل المسئولية التي حملها ليتمكن من القيام بمسئوليته على خير وجه. وهذا تطبيق دقيق لقاعدة شرعية عامة، هى القاعدة التي تقول "السلطة بالمسئولية"، تلك القاعدة التي جاءت بها الشريعة لتحكم علاقة أصحاب السلطان بغيرهم، ولتبين مدى سلطتهم ومسئوليتهم والتي قررها الرسول ﷺ في قوله: "كلكم راعٍ وكلكم مسئول عن رعيته، فالإمام راعٍ وهو مسئول عن

* يلاحظ تعليق الدكتور العوا على هاتين الآيتين في نهاية الحاشية .

<عوده> رعيته، والرجل راعٍ في أهله، وهو مسئول عن رعيته، والمرأة راعية في بيت زوجها وهى مسئولة عن رعيتها" ...

وإذا كان للرجال درجة على النساء في شئونهم المشتركة، فإن الرجل لا يتميز عن المـــرأة في شئونهما الخاصة وليس له عليها أي سلطان، فهى تستطيع مثلا أن تتملك الحقـــوق وتتصرف فيها دون أن يكون للرجل ولو كان زوجا أو أبا – أن يشرف عليها أو يتدخل في أعمالها ..

وقـــد ســـوت الشريعة الإسلامية بين الرجل والمرأة على الوجه السابق من يوم نـــزولها، أي من ثلاثة عشر قرنا تقريبا في وقت لم يكن فيه العالم مهيأ للتسوية بين الـــرجل والمـــرأة في الحقـــوق والواجبات، فلم تكن حاجة الجماعة هى التي دفعت الشـــريعة لـــتقرير المساواة، وإنما اقتضت ذلك ضرورة تكميل الشريعة بالمبادئ التي يجب أن تكون في شريعة كاملة دائمة ...

ونســـتطيع أن نـــدرك مـــدى السمو، الذي وصلت إليه الشريعة بتقريرها مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، إذا علمنا أن القوانين الوضعية، لم تسمح بالتسوية بينهما إلا في القرن التاسع عشر، وأن بعضها يمنع النساء إلى اليوم من التصرف في شئونهن الخاصة إلا بإذن أزواجهن ...

ويمكنـــنا أن نلاحظ بسهولة مدى عموم النصوص ومرونتها، وأنها لا تضيق بحالة مـــا، ولا تعجـــز عن الإحاطة بكل ما يتصور من المسائل. فإذا أضيف هذا إلى ما في النصوص من كمال وسمو كان من الحق أن نقول إن نصوص الشريعة لا تقبل التعديل والتبديل؛ لأنها ليست في حاجة إلى تعديل أو تبديل ...

22 – نظرية مساواة المرأة بالرجل ونظريات الأسرة :

هذا المبدأ الشرعى فرع من نظرية المساواة العامة المطلقة (التى استعرضها فى البند السابق)، لكنها فى نظره استحقت أن تصاغ كنظرية متميزة بسبب الاعتبارات الاجتماعية التى تستلزم وحدة الأسرة وتضامن أعضائها، الأمر الذى يستوجب وجود قدر كبير من التوازن والتنوع بين حقوق كل من الرجل والمرأة، وواجبات كل منهما والتزاماتهما المتكاملة فى إطار الأسرة ووظائفها لتنشئة أجيال المستقبل وتجديد بناء المجتمع .

بعض الذين يتغنون بالدعوة إلى المساواة بين الجنسين إنما يتجاهلون نظام[1] الأسرة الذى تعنى به شريعتنا. ويغالى بعضهم فى التهجم على بعض أحكام الشريعة التى تخص الزوج بالقوامة فى الأسرة، أى رئاستها والالتزام بالإنفاق عليها، كما تختص الزوجة بالحمل والرضاعة والحضانة. وهدف كثير منهم فى الواقع هو التخلى عن وحدة الأسرة أو هدمها وتفكيك مبدإ التضامن والتوازن فى الحقوق والمسئوليات بين الزوج والزوجة، واستبعاد ما يترتب علي هذا التضامن من تماسك البناء الأسرى ووحدته التى هى ضرورية لتنشئة الأطفال وإقامة المجتمع الصالح الذى ترى شريعتنا أن نواته هى الأسرة المتضامنة .

إن مجتمعنا الإسلامى هو مجتمع أسر لا مجتمع أفراد فقط، وحرص فقهنا على كيان الأسرة ووحدتها هو الذى اقتضى بناء نظرية المساواة بين المرأة والرجل على أساس التوازن فى إطار الأسرة، وهى على كل حال مكملة للنظرية العامة فى المساواة بين الجميع التى تستلزم التكامل والتوازن بين أفراد المجتمع، لكنها لا تعنى مطلقا مجرد التماثل أو التشابه.

كما أن المساواة بين أفراد المجتمع لا يمكن أن تعنى أن يكون هناك تماثل دون تفاوت بينهم فى المركز الاجتماعى أو تنوع فى المسئوليات والأعمال ، كذلك المساواة

---

[1] كنا نفضل لو أنه جمع هذا البند وسابقه مع البندين (29+31) لأن موضوعهما يتأثر بنظام الأسرة، وأحكامها التى هى كلها فروع من نظرية عامة شاملة لجميع المبادئ التى تتعلق بتضامن أفراد الأسرة والتوازن بينهم فى الحقوق والواجبات رغم تنوع مسئوليات الرجل والمرأة فى نطاق الحياة الزوجية التى هى أساس الأسرة .

المساواة لا تعني التماثل في المجتمع ولا في الأسرة :

بين الرجل والمرأة في الأسرة لا يعني التماثل بل هو التكامل الذي يستلزمه تنوع وظيفة كل منهما في إطار التوازن بحيث يكون للزوج الرئاسة مقابل تحمله مسئولية القوامة، أي الكسب والإنفاق على الأسرة في حين تقع على المرأة مسئولية الحمل والولادة والرضاعة والحضانة للأولاد،وبذلك يكون هناك قدر كاف من التوازن والتعاون والتكامل يوفر للأسرة جميع احتياجاتها، ويمكنها من إنجاب الذرية وتنشئتها التنشئة الصالحة التي تضمن للأمة البقاء وللإنسانية النمو والتجدد في إطار من التكافل والتضامن مع تنوع الاختصاصات وتفاوت المسئوليات.

إن بعض من يرفعون شعارات "تحرير المرأة" ينتقدون ما يقرره القرآن للرجال من "القوامة"، أي رئاسة الأسرة والإنفاق عليها، ويزعمون أن هذه الرئاسة تتعارض مع تحرير المرأة، ونرد على ذلك بملاحظتين :

الأولى : أنهم يدعون إلى وجوب التزام المرأة بالعمل والكسب، ولو أدى ذلك إلى انصرافها عن التفرغ لرعاية الأطفال والحمل والرضاعة والحضانة وما إليها. و هم فعلا يقصدون "تحريرها"من هذه المسئولية "البيولوجية" الشاقة العسيرة، مسئولية الحمل والرضاعة والحضانة لأنهم لا يهمهم وجود هذه الذرية ولا رعايتها.

ونرى بعضهم يسرف في تشويه صورة المرأة الحامل أو المرضعة أو المربية، حتى يغرس لدى الفتيات "والنساء" كره هذه المهمة، ويفضلن عليها العمل إلى جانب الرجل خارج المنزل وعدم التفرغ للولادة والحمل ورضاعة الأطفال .

الثانية : أنهم لا يرون بأسا من أن تكون المرأة العاملة خاضعة لمن يرأسها أو يستخدمها في العمل، ويكون له عليها حق المحاسبة والتأديب المترتب على هذه الرئاسة، ويفضلون هذه الرئاسة – التي يمارسها رجل أجنبي على المرأة العاملة – على رئاسة الزوج للأسرة بما فيها الزوجة والأطفال.. إنهم يريدون أن يكون عمل الزوجة خارج البيت بديلا عن مشاركتها في بناء الأسرة وإنجاب الأطفال ورعاية الجيل الناشئ، وأن يكون رئيسها في العمل بديلا لرئيس الأسرة وهو الزوج، في حين أننا نرى أن العمل خارج المنزل مجرد أمر ثانوي مكمل لوظيفتها ومسئوليتها في الأسرة لا متعارض معها ولا بديل لها. ومادام لكل كيان رئيسه، فلماذا لا يكون للأسرة رئيسها؟

❁ تنوع الاختصاصات بين أعضاء الأسرة وأفراد المجتمع لا يخل بالمسئولية :

ولمـــن تكـــون الرئاســـة فيها إذا لم تكن لمن تلزمه شريعتنا بالعمل للإنفاق على جميع أفرادها بمن فيهم الزوجة حتى ولو كانت تعمل وتكسب ولها ثروة ومال خاص بها ؟ وينسون أن هذا التنوع والتكامل مقرر لصالح الأطفال لا لصالح الزوج أو الزوجة.

إنهم يريدون المرأة خارج نطاق الأسرة، ويعدون ذلك تحريرا لها من الزواج والأمومة، بمعـــنى انفلاتها من مسئوليات الزواج والأمومة ومن الارتباط برجل يصاحبها فى مسيرة حياتهـــا كزوج يلتزم بالإنفاق عليها، ويفضلون أن تعاشر من تجد من الرجال وتخضع لمن يدفـــع لها أجرها من أصحاب العمل وتقبل رئاسته بدلا من رئاسة الزوج، ولو أدى ذلك إلى أن تعيش فى المجتمع منفردة بدون رجل يشاركها فى بناء الأسرة وتربية الأولاد تأنس له وتتعاون معه على مواجهة مشكلات العيش وتنشئة الأطفال وهم مستقبل الأمة .

إنهم بكل وضوح يريدون تحريرها من مهمة الحمل والولادة والرضاعة والإنجاب، لأنهم لا يريدون مزيدا من الأطفال، ويريدون أن يفرضوا ذلك على المجتمعات الناشئة الفقـــيرة التى لا يرون بأسا من إبادتها والقضاء عليها حتى لا تكون فى المستقبل ... بديلا عن المجتمعات الغنية التى يهددها الترف والتسيب الجنسى بالفساد والانهيار .

ملاحظاتنا على طريقته فى عرض النظريات العامة :

لقـــد بدأ فقيهنا بعرض نظرية المساواة فى البندين (21،22) قبل نظرية الحرية وما يتصـــل بهـــا من الشورى وتقييد سلطة الحكام فى البندين (23،28)، ثم أعقب ذلك بعرض نظريات الطلاق وتعدد الزوجات فى البندين (29،31) .

ونظرا لأهمية نظرية الأسرة بصفة عامة، وما يتعلق بها من أحكام الطلاق وتعدد الـــزوجات، وارتـــباطها الوثيق بنظرية المساواة بين الرجال والنساء البند (22)، والمساواة بصفة عامة البند (21)، فقد استبحنا لأنفسنا أن ندعو القارئ لكى يقدم قراءة البندين (29،31) قبل البنود (23،28) الخاصة بالحريات لتأكيد اعترافنا بأنه آثر إعطاء نظرية المساواة أهمية قصوى بتقديم بحثه فيها على نظرية الحرية وغيرها، وأن مشـــرعنا يعطـــى لنظام الأسرة أهمية قصوى تبرر وضع قيود وحدود للحرية "الجنسية" وللتماثل بين الرجل والمرأة الذى يريده دعاة تحرير المرأة من مسئولياتها فى الأسرة .

❁ أهمية حصانة الأسرة وأثرها فى تشريعنا الجنائي :

وسنوضح ذلك فيما يلى :-

إننا تجرأنا على ذلك لسببين :

الأول : هو ما نراه من تطورات تدل على اتجاه كثير من المفتونين بالمذاهب المادية الأوروبية والأمريكية إلى الإسهام فى حملات التشهير ببعض مبادئ شريعتنا وأحكامها الخاصة بكيان الأسرة والعلاقات الأسرية والاجتماعية القائمة على الارتباط بين أحكام الزواج والنفقة والميراث، لأنها كلها تدور حول مبدإ وحدة الأسرة وحمايتها وتدعيمها "بحسبانها محور المجتمع والخلية الأولى لبنائه"، وينظمها بمبادئ متوازنة ومتكاملة ومرتبطة هى أساس جميع الأحكام المتعلقة بكيان الأسرة .

أما الأمر الثانى : وهو أهم - فإن نظريات الأسرة تفسر لنا الحماية الاستثنائية التى يوفرها التشريع الجنائى الإسلامى للقيم السلوكية المتعلقة بالعلاقات الجنسية، التى تحمى الزواج واستقرار الأسرة، وذلك عن طريق فرض عقوبات حدية قصوى للانحرافات التى تهدد كيان الأسرة، وجعلها من أهم جرائم الحدود وهما جريمتا الزنا والقذف .

لنفس السبب ندعو القارئ إلى تأخير مراجعة البند (30) بشأن تحريم الخمر الذى يفصل بين أحكام الطلاق وتعدد الزوجات لعدم وجود مبرر للفصل بين هذين المبدأين المتعلقين بنظام الأسرة .

إن تأخير مراجعة البنود (23 - 28) بشأن الحريات عموما، والشورى ومحاسبة الحكام إلى ما بعد البنود (29 - 31) بشأن الأسرة وما يتصل بها لا يعنى مطلقا التفضيل، بل لوحدة موضوع تلك البنود للأسباب التى أوضحناها آنفا، وذلك مع حرصنا على احتفاظها جميعا بالأرقام والمواقع الأصلية التى اختارها فقيهنا والتزم بها، مراعاة للترتيب فى الفهرس .

وكذلك ندعو القارئ إلى تأخير مراجعة البند (30) بشأن تحريم الخمر إلى ما بعد البند (31) حتى يكون هذا البند الخاص بتعدد الزوجات تاليا مباشرة للبند (30) بشأن الطلاق وما قبله من البنود المتعلقة بكيان الأسرة، وذلك مع الاحتفاظ برقمه وموقعه الأصلى للسبب الذى بيناه بالنسبة للبنود السابقة .

---

* تعليق للأستاذ الدكتور " العوا " على الفقرة (٣)من البند (٢٢): "فى كتابنا عن الفقه الإسلامى فى طريق التجديد قلنا إنه يراعى اختلاف سياق الآيتين، فالأولى فى سياق الطلاق والمراجعة، والثانية فى سياق القيام بشؤون الزوجية، فالدرجة ميزة عقدية، والقوامة واجب عقدى يلزم الرجل بالقيام بما يصلح المرأة" .

﴿عوده﴾ ٢٣ـ *نظرية الحرية* ... من المبادئ الأساسية التي جاءت بها الشريعة الإسلامية: مبدأ الحرية. فقد أعلنت الشريعة الحرية، وقررتها في أروع مظاهرها، فقررت حرية التفكير وحرية الاعتقاد، وحرية القول، وسنتكلم عن هذه الحريات واحدة بعد أخرى فيما يأتي ..

٢٤ـ *حرية التفكير*.. جاءت الشريعة الإسلامية معلنة حرية التفكير، محررة العقل من الأوهام والخرافات والتقاليد والعادات، داعية إلى نبذ كل مالا يقبله العقل. فهي تحث على التفكير في كل شيء وعرضه على العقل، فإن آمن به العقل كان محل إيمان، وإن كفر به كان محل كفران. فلا تسمح الشريعة للإنسان أن يؤمن بشيء إلا بعد أن يفكر فيه ويعقله، ولا تبيح له أن يقول مقالا أو يفعل فعلا إلا بعد أن يفكر فيما يقول ويفعل ويعقله ...

ولقد قامت الدعوة الإسلامية نفسها على أساس العقل. فها هو ذا القرآن يعتمد في إثبات وجود الله ويعتمد في إقناع الناس بالإسلام، ويعتمد في حملهم على الإيمان بالله ورسوله ﷺ وكتابه – يعتمد القرآن في ذلك كله اعتمادا أساسيا على استثارة تفكير الناس وإيقاظ عقولهم، ويدعوهم بشتى الوسائل إلى التفكير في خلق السموات والأرض وفي خلق أنفسهم، وفي غير ذلك من المخلوقات ويدعوهم إلى التفكير فيما تقع عليه أبصارهم وما تسمعه آذانهم ليصلوا من وراء ذلك كله إلى معرفة الخالق، وليستطيعوا التمييز بين الحق والباطل ...

ونصوص القرآن التي تحض على استخدام العقل وتحرير الفكر لا تعد كثرة، منها قوله ﷻ: ﴿إن في خلق السموات والأرض واختلاف الليل والنهار والفلك التي تجري في البحر بما ينفع الناس وما أنزل الله من السماء من ماء فأحيا به الأرض بعد موتها وبث فيها من كل دابة وتصريف الرياح والسحاب المسخر بين السماء والأرض لآيات لقوم يعقلون﴾ [البقرة:١٦٤]، وقوله ﷻ: ﴿قل إنما أعظكم بواحدة أن تقوموا لله مثنى وفرادى ثم تتفكروا﴾ [سبأ:٤٦]، وقوله ﷻ: ﴿أو لم يتفكروا في أنفسهم ما خلق الله السموات والأرض وما بينهما إلا بالحق وأجل مسمى﴾ [الروم:٨] وقوله ﷻ: ﴿قل انظروا ماذا في السموات والأرض﴾ [يونس:١٠١]، وقوله ﷻ: ﴿فلينظر الإنسان مم خلق ۞ خلق من ماء دافق ۞ يخرج من بين الصلب والترائب﴾ [الطارق: ٥-٧]،

<عوده> وقوله ﷻ : ﴿أفلا ينظرون إلى الإبل كيف خلقت ۞ وإلى السماء كيف رفعت ۞ وإلى الجبال كيف نصبت ۞ وإلى الأرض كيف سطحت﴾ [الغاشية: ١٧-٢٠]، وقوله ﷻ : ﴿إن في ذلك لذكرى لمن كان له قلب أو ألقى السمع وهو شهيد﴾ [سورة ق: ٣٧] وقوله ﷻ: ﴿وما يذكر إلا أولو الألباب﴾ [آل عمران :٧] ...

ويعيب القرآن على الناس أن يلغوا عقولهم، ويعطلوا تفكيرهم ويقلدوا غيرهم ويؤمنوا بالخرافات والأوهام، ويتمسكوا بالعادات والتقاليد دون تفكير فيما يتركون وما يدعون وينعي عليهم ذلك كله، ويصف من كانوا على هذه الشاكلة بأنهم كالأنعام، بل هم أضل سبيلا من الأنعام ؛ لأنهم يتبعون غيرهم دون تفكير، ولا يحكمون عقولهم فيما يعملون أو يقولون أو يسمعون، ولأن العقل هو الميزة الوحيدة التي ميز الله ﷻ بها الإنسان على غيره من المخلوقات فإذا ألغى عقله أو عطل فكره، تساوى بالأنعام، بل كان أضل منها ...

ونصوص القرآن صريحة في تقرير هذه المعاني، واقرأ إن شئت قوله ﷻ: ﴿وإذا قيل لهم اتبعوا ما أنزل الله قالوا بل نتبع ما ألفينا عليه آباءنا أو لو كان آباؤهم لا يعقلون شيئا ولا يهتدون * ومثل الذين كفروا كمثل الذي ينعق بما لا يسمع إلا دعاء ونداء صم بكم عمي فهم لا يعقلون﴾ [البقرة : ١٧٠ ، ١٧١] ، وقوله ﷻ : ﴿أفلم يسيروا في الأرض فتكونَ لهم قلوب يعقلون بها أو آذان يسمعون بها فإنها لا تعمى الأبصار ولكن تعمي القلوب التي في الصدور﴾ [الحج: ٤٦]، وقوله ﷻ : ﴿ولقد ذرأنا لجهنم كثيرا من الجن والإنس لهم قلوب لا يفقهون بها ولهم أعين لا يبصرون بها ولهم آذان لا يسمعون بها أولئك كالأنعام بل هم أضل أولئك هم الغافلون﴾ [الأعراف:١٧٩].

وللإنسان أن يفكر فيما شاء ... كيفما يشاء،وهو آمن من التعرض للعقاب على هذا التفكير، ولو فكر في إتيان أعمال تحرمها الشريعة. والعلة في ذلك أن الشريعة لا تعاقب الإنسان على أحاديث نفسه، ولا تؤاخذه على ما يفكر فيه من قول أو فعل محرم، وإنما تؤاخذه على ما أتاه من قول أو فعل محرم، وذلك معنى قوله ﷺ : "إن الله تجاوز لأمتي عما وسوست أو حدثت به أنفسها، ما لم تعمل به أو تكلم" ...

❁ 23 – 24 نظريات الحريات المتنوعة وأولها حرية التفكير :

لقـــد أنصـــف "فقهيـــنا" بعرض المبادئ الإنسانية الأساسية فى شريعتنا على أنها نظريات لا مجرد مبادئ نرى أن البعض يحاول عرضها منفصلة أو معزولة عن غيرها من الأحكام الفرعية. فالحريات التى عرضها ليست مجرد مبادئ أو قواعد أو أحكام، بـــل هـــى كما وصفها بحق : نظريات عامة واسعة النطاق، تقوم على ارتباط المبدإ الأصـــلى مـــع ضمانات تستلزم حدودا وأحكاما متنوعة تفرضها مقتضيات حقوق الإنسان الفطرية وتضامن المجتمع وسلامته وأمنه ...

فالحـــرية فى شريعتنا ليست حرية "الأوابد" فى الغابة يعمل كل منها ما توحى به غرائـــزه وشـــهواته، لايحدها إلا قدرته وقوته، فيأكل القوى الضعيف، بل هى عندنا حـــرية اجتماعية لها حدودها الإلهية التى هى ضمانات لاحترام حقوق الغير وحرياته. هذه الحدود التى فرضتها شريعتنا، تجعل الحرية نظرية اجتماعية تحدها وظيفتها فى بناء المجتمع وأمنه واستقراره، ومقتضيات التوازن والتكافل والتضامن الاجتماعى، ولذلك فإنها تشمل صورا عديدة متنوعة فى جميع نواحى الحياة الإنسانية كما سنرى ...

وسوف نرى فى استعراضه للحريات المتنوعة أن المبدأ العام الذى يستفاد من هذه القواعـــد أن الحريات جميعا التى ندرسها أو لاندرسها هنا، سواء حرية الاعتقاد، أو القول، أو الحركة... لا يجوز أن تتخذ وسيلة عدوان على أصول المجتمع وقيمه، ولا على حريات الآخرين وحقوقهم[1].

الـــتفكير فى شـــريعتنا ليس مجرد حق بل هو واجب، وهو واجب فردى وفريضة اجتماعية [2] .

والآيـــات الـــتى استعرضـــها فقيهنا تؤكد مشاركة المجتمع كله ومسئوليته فى هذا الواجـــب، فلا يجوز للفرد أن يتخذ حريته فى التفكير مبررا للتهرب من نظام المجتمع الذى يقوم على أصول ومبادئ تضمن الحرية لغيره، وللجميع ولا أن يتخذها مبررا للتهرب من مقتضيات النظام العام وضوابطه أو مهاجمته وتوهين أسسه وأصوله .

---

[1] نقترح على القارئ تأجيل هذا الموضوع، ومايليه فى البنود (24 – 28) لكى يكون الاطلاع عليها بعد الانتهاء من الموضوعات المتعلقة بالأسرة فى البندين (29،31) فيما بعد، التى ترتبط فى نظرنا مع نظريات المساواة وتؤثر فيها .

[2] يراجع كتاب الأستاذ / عباس محمود العقاد بعنوان : " التفكير فريضة إسلامية ".

❁ حرية التفكير لاتبرر مهاجمة أصول المجتمع وحريات الآخرين :

لذلك، فإن مبدأ الحرية الفردية يجب أن يكون فى نطاق الالتزام بالنظام الاجتماعي التضامني، فلا تتخذ حرية التفكير وسيلة لهدم كيان المجتمع أو تهديد الأسس التى يقوم عليها.

ويكفيـــنا أن نـــراجع النصوص التى أوردها لكى ندرك مدى عناية الإسلام بهذا "الواجب"، واجب التفكير والنظر فى كل ما يحيط بنا من مخلوقات الله فى هذا الكون الفســيح، وكلما زدنا معرفة به وعلما فى شئونه، تأكدنا أن ما وصلنا إليه من علم ليـــس إلا قدرا محدودا، وأن الله وحده هو مصدر العلم الكامل الشامل الذى يحيط بكـــل شـــىء ســـواء ما ندركه نحن، وما نعجز عن إدراكه الذى يعتبر من "الغيب" بالنسبة لنا.

وواجـــب التفكير يفرض على المجتمع إزالة المعوقات التى تحول دون تمتع الأفراد بتلك الحرية أو دون ممارستها على الوجه الأكمل بتحرير الفكر من كثير من الأوهام والخـــرافات المحدثة أو الموروثة،لأن الإنسانية تسمو بالعلم والفكر كل يوم فلا يقبل بعض ما تركه الآباء من بصمات الجهل أو التخلف فى الحياة الفردية والاجتماعية .

وآيـــات القرآن الكريم التى عرضها علينا ليست فى الواقع إلا ما اتسع له المقام؛ لأن هناك نصوصا كثيرة يمكن مراجعتها فى هذا الصدد فى كتب التفسير* .

---

* تعليق للأستاذ الدكتور " محمد سليم العوا " :—

تراجع أيضا كتب الحديث والسيرة، لأن هناك الدليل العملى على إقرار الإسلام للحريات كافة فى سيرة الرسول ﷺ وصنيع أصحابه والخلفاء الراشدين منهم بوجه خاص. كذلك يراجع ما قرره الفقه فى المذاهب كلها من أحكام مبنية على الاحتفاظ بالحرية والتعويل على ما يؤكدها فى الترجيح بين الآراء وتقديم بعضها على بعض .

⟨عوده⟩ ٢٥ـ *حـريـة الاعـتـقـاد* .... والشريعة الإسلامية هي أول شريعة أباحت حرية الاعـتقاد، وعملت على صيانة هذه الحرية وحمايتها إلى آخر الحدود . فلكل إنسان طـبقا للشريعة الإسلامية أن يعتنق من العقائد-٩- ما يشاء، وليس لأحد أن يحمله على ترك عقيدته أو اعتناق غيرها، أو يمنعه من إظهار عقيدته ...

وكـانت الشريعة الإسلامية عملية حين قررت حرية العقيدة، فلم تكتف بإعلان هذه الحرية، وإنما اتخذت لحمايتها طريقين :

أولهمـا ... إلزام الناس أن يحترموا حق الغير في اعتقاد ما يشاء، وفي تركه يعمل طبقا لعقيدته. فليس لأحد أن يكره آخر على اعتناق عقيدة ما، أو ترك أخرى. ومن كان يعارض آخر في اعتقاده فعليه أن يقنعه بالحسنى ويبين له وجه الخطأ فيما يعتقد، فإن قبل أن يغير عقيدته عن اقتناع فليس عليهما حرج، وإن لم يقبل فلا يجوز إكراهه ولا الضغط عليه ولا التأثير عليه بما يحمله على تغيير عقيدته وهو غير راضٍ ، ويكفي صـاحب العقيدة المضادة أنه أدى واجبه فبين الخطأ، وأرشد إلى الحق، ولم يقصر في إرشـاد خصـمه وهدايته إلى الصراط المستقيم. واقرأ إن شئت هذه المعاني صريحة واضحة في قول الله ﷻ لرسوله ﷺ : ﴿لا إكراه في الدين﴾ [البقرة: ٢٥٦]. وقوله: ﴿ولـو شـاء ربك لآمن من في الأرض كلهم جميعا أفأنت تكره الناس حتى يكونوا مؤمنين﴾ [يونس:٩٩]. وقوله ﷻ:﴿فذكر إنما أنت مذكر ۞ لست عليهم بمسيطر﴾ [الغاشية :٢١-٢٢] وقوله ﷻ : ﴿وما على الرسول إلا البلاغ المبين﴾[النور:٥٤]..

[الصدر] ... تعـليق "رقـم -٩-" ومـن الأديـان السماوية ما أراد ويباح له السكنى في البلاد الإسـلامية إذا الـتزم الشرائط التي تعرضها عليه الدولة المسماة بالعرف الفقهي بشرائط الذمة، وليـس لمـن لا يديـن بأحد الأديان السماوية السكنى في البلاد الإسلامية؛ لأنها أشبه ما تكون بالجراثيم السامة، فإما أن يذهب سمها وذلك بتدينها بأحد الأديان السماوية أو تزال من الوجود.

[الشاوي] ... رأينا في " تعليق -٩- "أكد مبدأ حرية العقيدة الذي عده المؤلف من أسس العقيدة والشـريعة الإسلامية وبين أن أمن الدولة الإسلامية يستوجب التزام غير المسلم بشروط معينة طالما أقام في دار الإسلام، وقال إنها "المسماة في العرف الفقهي بشرائط الذمة" .

لكنا نعارض قوله "ليس لمن لا يدين بأحد الأديان السماوية السكنى في البلاد الإسلامية "، ... وسنعود لذلك فيما بعد ...

(عوده) ثانيهمـــا ... إلزام صاحب العقيدة نفسه أن يعمل على حماية عقيدته، وألا يقـــف موقفا سلبيا فإذا عجز عن حماية نفسه تحتم عليه أن يهاجر من هذه البلدة التي لا تحـــترم فيها عقيدته إلى بلد آخر يحترم أهله العقيدة، ويمكن فيه من إعلان ما يعتقد، فإن لم يهاجر وهو قادر على الهجرة فقد ظلم نفسه، قبل أن يظلمه غيره، وارتكب إثما عظيما وحقت عليه كلمة العذاب، أما إذا كان عاجزا عن الهجرة فلا يكلف الله نفسا إلا وســعها، وهذا هو القرآن ينص صراحة على ذلك بقوله ﷻ : ﴿إن الذين توفاهم الملائكـــة ظـــالمي أنفسهم قالوا فيم كنتم قالوا كنا مستضعفين في الأرض قالوا ألم تكن أرض الله واسعة فتهاجروا فيها فأولئك مأواهم جهنم وساءت مصيرا * إلا المستضعفين مـــن الرجال والنساء والولدان لا يستطيعون حيلة ولا يهتدون سبيلا * فأولئك عسى الله أن يعفو عنهم وكان الله عفوا غفورا﴾[النساء: ٩٧ - ٩٩] ....

وقد بلغت الشريعة الإسلامية غاية السمو حينما قررت حرية العقيدة للناس عامة مســـلمين وغير مسلمين، –١٠– وحينما تكفلت بحماية هذه الحرية لغير المسلمين في بـــلاد الإســـلام. ففـــي أي بلد إسلامي يستطيع غير المسلم أن يعلن عن دينه ومذهبه وعقيدتـــه،–١١– وأن يباشـــر طقوسه الدينية، وأن يقيم المعابد والمدارس لإقامة دينه ودراســـته دون حـــرج عليه. فلليهود في البلاد الإسلامية عقائدهم ومعابدهم، وهم يتعبدون علنا وبطريقة رسمية، ولهم مدارسهم التي يعلمون فيها الدين الموسوي، ولهم أن يكتـــبوا مـــا يشـــاءون عن عقيدهم، وأن يقارنوا بينها وبين غيرها من العقائد، ويفضلوها عليها –١٢– في حدود النظام العام والآداب والأخلاق الفاضلة. وكذلك

(الصدر) ... تعليق "رقم –١٠ –" من الكتابيين الذين يؤمنون بالله ويعتقدون بأحد أنبيائه وأحد كتبه المنزلة ...

(الصدر) ... تعليق "رقم –١١–" وليس له أن يدعو المسلم إليه ...

(الصدر) ... تعليق "رقم –١٢–" من دون طعن بالإسلام ولا إفساد المسلمين ...

(الشاوى) ... رأينا في "تعليق –١٠–" نعارض قوله في تعليق رقم (١٠) إن هذه الحرية العقيدية ميزة لأهل الكتاب دون غيرهم، ونعتقد أن هذا رأي شخصي له. ويؤيد رأينا ما تضمنه دستور جمهورية إيران ذاتها في المادة الثالثة عشرة من التسوية بين "الزرادشت" و"اليهود" "والمسيحيين" في الحقوق واعتبارهم من الأقليات الدينية المعترف بها ...

إن احترام النظام العام والآداب يكفي لمقاومة الانحرافات الشاذة مثل العرى أو الفسق =

(عوده) حـــال المســيحيين مع اختلاف مذاهبهم وتعددها، فلكل أصحاب مذهب كنائســـهم ومدارسهم، وهم يباشرون عبادتهم علنا ويعلنون عقائدهم في مدارسهم، ويكتبون عنها وينشرون ما يكتبون في البلاد الإسلامية...

= وعبادة الأوثان، أو الأهداف السياسية المعادية أو غير ذلك من الانحرافات التي تمارسها بعض الفرق وعادة تمولها جهات أجنبية لتحطيم أخلاق الشباب أو تهديد وحدة المجتمع، وشغل بعض الطوائف ببعض الطقوس المغرية عن العمل الجدي والإنتاج ...

(الصدر) ... تعليق "رقم -١١-" وليس له أن يدعو المسلم إليه ...

(الصدر) ... تعليق "رقم -١٢-" من دون طعن بالإسلام ولا إفساد المسلمين ...

(الشاوي) ... "رأينا في تعليقى رقمى-١١-،-١٢-" ذكر السيد "الصدر" من شرائط الذمة أنه لا يجوز للذمي الطعن في الإسلام ولا إفساد المسلمين وليس له دعوة المسلمين إلى تغيير دينهم، ولا نعتقد أن هناك من يعارض في ذلك، ويعبر المعاصرون عنها بضرورة الالتزام باحترام النظام العام والآداب، وهذا القيد العام يكفي وتتفرع عنه قواعد وأحكام عديدة ...

❁ 25 – حرية الاعتقاد أساسها لا إكراه فى الدين :

إن عرض هذه الحرية عقب حرية التفكير، يدل على أنها تتفرع عنها، لكنها أخص منها، وهذه الخصوصية ترجع إلى أنها تتعلق بالعقائد الدينية.

وكأنـــه ينظر بظهر الغيب، فقد قدم لنا القول الفصل فى الجدل الذى يثيره البعض أخـــيرا حـــول ما يسمونه حرية التفكير والإبداع التى يظنونها مطلقة تبيح لهم الدعوة للالحاد والهجوم على معتقدات الأمة ومقدساتها، لكنها فى شريعتنا محدودة، لايجوز أن تهـــدد العقائد الدينية، لأن الإسلام يجعل حرية العقيدة الدينية للجميع متوازنة ويحيطها بعـــناية كـــبرى تستدعى تأمينها وحمايتها من العدوان عليها حتى ولو وقع باسم "حرية الفكر" لفرد يشذ عن عقيدة الجماعة ويستبيح لنفسه تجريح معتقداتها[1].

إن شـــريعتنا السمحة رغم أنها تَعدُّ الإسلام خاتم الأديان وأنه نسخ ما سبقه من عقـــائد بعضـــها ينحرف عن شريعة التوحيد، إلا أنها فى الوقت نفسه أجازت لأفراد مجتمعـــنا من غير المسلمين حرية التمسك بعقائدهم الدينية السابقة الموروثة، ولذلك قـــررت مبدأ "لا إكراه فى الدين" وهو المبدأ الذى مكن شريعتنا من بناء أول مجتمع إنســـانى أقـــام حضـــارته على تعدد العقائد الدينية، فى حين أن المجتمعات الأخرى والمؤسسات والدول التى كانت تمثل الأديان السابقة كانت تسير على إعطاء أنصار الدين الغالب وممثليه الحق المطلق فى فرضه على الجميع بالقوة والإكراه. يشهد بذلك مـــا فعلته الكنيسة فى العصور الوسطى من إقامة محاكم التفتيش لإكراه الأفراد جميعا عـــلى إعـــلان انتمائهم لعقيدتها وتحريم الاحتفاظ بأى دين أو رأى أو فكر أو معتقد آخـــر؛ بـــل وتحـــريم البحث العلمى بزعم أنه يؤدى إلى الخروج على ما تسير عليه الكنيسة أو تعرفه أو تعترف به.

---

[1] تعليق للأستاذ الدكتور " محمد سليم العوا " : فى كتابنا (الحق فى التعبير) بينا أن هذا الحق فرع من فروع حرية الفكر والإبداع، وهو حق مقرر فى أصول الشريعة وفروعها تضبط ممارسته أحكام النظام العام فى المجتمع الإسلامى ويتحمل من يمارسه تبعة هذه الممارسة وفقا للقانون المطبق فى البلاد.

وقـد أدى بهـم ذلك إلى إبادة المسلمين من الأندلس بعد أن عاشوا فيها وبنوا فيها حضـارة رائعة مازال العالم يتحدث عنها. ومازالت بعض الدول المسيحية تسعى لإبادة المسلمين فى البلقان وغيرها حتى الآن.. وماجرى فى البوسنة وكوسوفو دليل على ذلك[1].

ميـزة التشريع الإسلامى أنه قد عاشت فى ظله عشرات الطوائف من الأقليات من معتـنقى الأديان السابقة طوال عصور تاريخنا فى جميع أقطار العالم الإسلامى حتى اليوم، وهـم يتمـتعون بحمايـة شـريعتنا لحريتهم وأمنهم من كل عدوان، وخاصة عدوان السلطات السياسية التى تعمل باسم الدولة الإسلامية ذاتها[2] لأنهم فى ذمة الله ورسوله.

أكـثر مـن ذلك فإن شريعتنا مكنت الطوائف المسيحية المتعددة من التعايش معا فى مجتمعاتـنا. حـتى إنه منذ طبقت الشريعة فى منطقتنا، نجد أنه يعيش فيها جميع الطوائف المسـيحية جنـبا إلى جـنب. فى حين أنه فى البلاد المسيحية ذاتها كانت الطائفة التى لها الأغلـبية تضطهد الطوائف المسيحية المخالفة لها، وقامت بين الطوائف المسيحية فى أوربا حروب أهلية سالت فيها دماء الآلاف، فى حين أنهم فى بلادنا يعيشون معنا فى أمن وسلام.

إن مفهـوم الذمـة هو ضمان الأمن والسلام لغير المسلمين. الذين يهاجمون هذا المصـطلح لا يعـرفون حقيقـته، ولا يفرقون بين أحكام الشريعة وانحرافات الحكام وفساد من مارسوا السلطة بغير شورى حرة، وأنهم إذا كانوا قد مارسوا بغيا وظلما فإن نصيب الأغلبية المسلمة منه كان أكبر بكثير مما أصاب الأقليات غير الإسلامية.

---

[1] ما يجرى اليوم فى كوسوفو حيث يضيق الصرب بحوالى مليون مسلم ويمارسون ضدهم التطهير العرقى حتى بالضرب بالنابالم دليل آخر عليه .

[2] يرجى من القارئ أن يراجع ما ورد فى كتابنا "فقه الشورى والاستشارة" فى البند (49) من الإشارة إلى ما ذكره مؤلف مسيحى مصرى، وهو المستشار الدكتور / وليم سليمان قلادة، فى كتابه "المسيحية والإسلام على أرض مصر"، من تصدى أحد "شيوخ الأزهر وعلماء الإسلام" للخديوى "عباس" عندما أراد إبعاد جميع المسيحيين من مصر ونقلهم إلى السودان، ومنعه من ذلك؛ لأنهم فى حماية "ذمة الله ورسوله"، ومع ذلك نرى البعض يكره كلمة "الذمة" ويهاجمها؛ لأنهم لا يدركون مغزاها ولا المقصود منها.

والذمة فى صحيح الفقه عقد بين طرفين، وليست وضعا إلهيا لأهل دين الأقلية فى معاملتهم مع الإسلام والمسلمين. ولهذا التكليف الصحيح نتائج فقهية وسياسية مهمة ذكرها العوا فى بحثه (النظام الإسلامى ووضع غير المسلمين) ملحق بكتابه النظام السياسى دار الشروق ١٩٨٩م، فليراجع .

❁ حماية معتقدات الأقليات لا تكون على حساب عقيدة الأغلبية :

لقـــد أدى الطغيـــان بـــبعض الأنظمة إلى حرمان المسلمين أنفسهم من الحقوق الإنسانية، وطبيعى أن يكون لأفراد من الأقليات نصيب من الظلم الواقع على جميع المواطنين، لكن بعض القوى الأجنبية التى تريد التدخل فى شئوننا بحجة حماية الأقليات الديـــنية تتجاهل طغيان بعض الحكام واضطهادهم لعامة المسلمين، بل تشجعهم على ذلـــك وتفرضـــه عليهم فى بعض الأحيان، وتستخدم أفرادا من الأقليات والأغلبية عمـــلاء لها تعطيهم الحق فى أن يكونوا متمتعين وحدهم بما نسميه بالحقوق الإنسانية دون غيرهـــم. بـــل إن بعضهم يتولى تشجيع الحكام على اضطهاد الأغلبية المسلمة وحرمانها من حقوقها السياسية والوطنية، كما فى الجزائر مثلا، وتصرخ مطالبة بحقوق أقـــليات غالبا ما تكون شاذة، وتساعدهم فى ذلك دول أجنبية، تتدخل لدى بعض الحكومـــات لتعترف بهم دون غيرهم بحصانـــات وامتيازات، وهى لا تفعـــل ذلك مجانـــا بـــل إنها تطالب هذه الطوائف سواء كانوا من الأقلية أو الأغلبية أن يكونوا عملاء لها فيما تدبره ضد شعوبنا وأمتنا، ويخونوا أمتهم بل ودولهم ذاتها...

* * *

لاشـــك فى أن الأغلـــبية من حقها أن تتمتع بالضمانات لتأمين عقيدتها وحرياتها، وهى ضمانات لا يجوز أن تقل عما تقرره شريعتنا من حماية لعقائد الأقليات وحرياتهم.

لذلـــك فـــإن ما يسمى "حرية الفكر" أو حرية الإبداع لا يجوز أن يدعى بعض الأفـــراد أنها تجيز لهم ترويج أفكار وأعمال تتعارض مع الحماية التى تتمتع بها العقائد الديـــنية فى الأمة الإسلامية، سواء كانت عقيدة الأغلبية المسلمة أو عقائد الأقليات الـــتى تعيـــش فى دار الإسلام مستظلة بأحكام شريعته التى تضمن لهم حرية العقيدة والعبادة (بل وما يتصل بها من جواز شرب الخمر وأكل الخنزير والزواج الدينى وما شاكل ذلك مما أفاض فقهاؤنا فى تفصيله).

وقـــد نتج عن سياسة بعض الكنائس فى العصور الوسطى فى أوربا رد فعل قوى لدى الجماهير وأهل الفكر الحر ضد سيطرتها على المجتمع، وتمثل ذلك فيما يسمونه "عـــلمانية الدولـــة" أو الدساتير اللادينية التى كانت فى الأصل وسيلة لحماية حرية المعـــتقدات الديـــنية المختـــلفة والمتعددة من طغيان الكنيسة،لكن البعض يحول هذه اللا دينية إلى ديانة أو كنيسة جديدة لفرض الإلحاد الذى يعنى مقاومة العقائد الدينية

۞ الإلحاد أصبح له كنيسة تضطهد الأديان بدلا من كنائس العصور الوسطى :

جميعـا، فأصـبح الإلحاد واللادينية يحلان محل الكنائس فى اضطهاد المعتقدات الدينية ومطاردة دعاة الإسلام والتشهير بعقائده وشريعته، وتتخذهما بعض الحكومات العلمانية الأوربيـة مسوِّغا لمقاومة معتقدات الأقليات فى أوربا ذاتها. بل تستغلهما بعض الدول حاليـا أداة لاضطهاد المسلمين فى بلادها، بحجة أنهم لايلتزمون باللادينية التى يسمونها "علمانية" تعادى الأديان كلها.

إن الإلحاد واللادينية، ليسا دينا يتمتع بحماية شريعتنا، بل هما عدوان على العقائد الدينية كلها. هذا هو أساس الإجراءات التى يطالب بها المؤمنون لوضع حد للعدوان الإلحادى على عقائدنا إذا خرج الإلحاد عن نطاق المعتقد الفردى وتحول إلى مذهب لـلحكم والسياسـة تفرضـه السلطات أو الأحزاب أو الجماعات المتحكمة فى بعض الدول،[1] وتستغلها بعض السلطات فى بلادنا لقمع الصحوة الإسلامية التى ظهرت بوادرها فى كثير من الشعوب، خصوصا الشعوب العربية التى تطالب بتطبيق الشريعة

---

[1] كان هذا هدفا معلنا فى دساتير النظم الشيوعية التى كانت تفرض ماتسميه الإلحاد العلمى على الشعوب الإسلامية الخاضعة لها. وبعد انهيار الشيوعية انتشر فلاسفتها وأعوانها الذين تخصصوا فى مهنة الصحافة و الإعلام وبرعوا فى خدمة دعايات النظم الاستبدادية فى بعض أقطارنا، وسارعت المراكز الصهيونية والإمبريالية الأمريكية إلى استخدامهم لتنفيذ خططها فى "نفخ" الرؤساء والأحزاب المصطنعة الموالية لها والسيطرة على الإعلام، الذى جعلته رأس الحربة فى الهجوم على الإسلام وشريعته وثقافته وتاريخه من أجل اقتلاعه من المجتمع.

ونقدم للقارئ نموذجا عارضا فى خبر نشرته مجلة أسبوعية فى أحد الأقطار العربية جاء فيه ما يلى: "التقت إحدى المذيعات مع مصرى نال جائزة فى مهرجان الأغنية، وسألته: لماذا توقفت عن الغناء سبع سنوات مع أنك كنت من أشهر المغنين فى الأغنيات الغربية؟ فقال المطرب: لأننى فى تلك الفترة كنت أجلس مع نفسى وأقرأ القرآن والسنة، وأعمل مراجعة لنفسى: هل أنا أنسجم مع القرآن. والسنة أم لا ؟! فصرخت المذيعة وأوقفت التسجيل وقالت: "ستوب". فاندهش المطرب لوقف التصوير، فقالت له المذيعة: إن التعليمات تمنع كل تسجيل يذكر فيه الإسلام أو القرآن أو السنة، فلا بد أن تعيد الكلام بمعان أخرى". ولم تذكر المجلة التى نشرت الخبر أى شيء عن الجهة التى ادعت المذيعة المذكورة أنها أعطتها تعليمات بعدم تسجيل أى شيء فيه ذكر للإسلام أو القرآن. والراجح عندى أنها ليست جهة رسمية مسئولة، بل أحد المراكز الفنية أو الإعلامية التى لها علاقات مع الصهيونية والإمبريالية (تراجع جريدة الشعب بتاريخ 1996/10/8م).

❁ المطالبة بتطبيق الشريعة هي مطالبة بحرية العقيدة والفكر، ومقاومة سيطرة دعاة الالحاد الذين يهاجمون عقيدة الإسلام وشريعته :

الإسلامية. وهذه السلطات تستغل أعوانا لها يبشرون بالإلحاد والعلمانية، كأنهما عقيدة جديدة يقاومون بها الإيمان والإسلام.

إن دعاة الإلحاد لا يجوز لهم فى نظرنا استغلال ما قرره الإسلام من حرية الفكر وسيلة للعدوان على العقائد الدينية أو تهديد حرمة الاعتقاد الدينى.

هذا هو الوضع الصحيح لما تطالب به الجماهير من توقيع عقوبات حازمة على دعاة الإلحاد الذين لا يكفيهم أن يضمن لهم الإسلام عدم التعرض لهم فى معتقداتهم، بل يجعلون هدفهم مهاجمة عقائد الإسلام وشريعته.

ويزيد فى حماسة الجماهير لمقاومة هذه الدعوات الإلحادية الهدامة، ما تراه الجماهير فى وسائل الإعلام من تشجيع بعض مراكز السلطة لدعاة الهجوم على الإسلام، وترويجها لأفكارهم ودفاعها عنهم، ولذلك أصبحت مقاومة الردة والعقاب عليها مطلبا سياسيا، تَعُدُّه الجماهير من أساليب مقاومة بعض العناصر التى تفرض الأفكار الإلحادية حتى فى مؤسسات التعليم والإعلام، بحجة مقاومة الحركات المتطرفة، التى يدّعى بعضهم خطأ أنها تشمل فى نظرهم كل الاتجاهات الإسلامية، ويعملون من أجل ذلك لتشويه صورة الإسلام وشريعته بواسطة أجهزة الإعلام، والفساد فى برامج الإذاعة والتلفزيون. بل وصل الأمر إلى تغيير مناهج التعليم لقطع صلتها بالثقافة الإسلامية والتاريخ الإسلامى إرضاء للصهيونية التى تطالب باستبعاد بعض آيات القرآن الكريم التى تنتقد مؤامرات أهل الكتاب. وقد عبر عن ذلك الأستاذ صلاح حافظ فى كتاب له بعنوان[1] "المصير العربى فى ظل الهيمنة الإسرائيلية. تهافت السلام" بقوله: "تركز إسرائيل منذ بداية عملية السلام فى كامب ديفيد مع مصر على تغيير المفاهيم وتلح على تعديل الأفكار والنص فى المعاهدات المتتالية على بند"نبذ الكراهية"،وتحت هذا البند تعددت المطالب الإسرائيلية لتعديل المناهج التعليمية والتربوية فى الدول العربية، ومن ثم تحديد اتجاه العمل الإعلامى والثقافى فى بلادنا حتى وصل الأمر إلى المطالبة بحذف بعض الآيات القرآنية والأحاديث النبوية الشريفة

---

[1] نشرته دار الشروق 1998م (ص 60).

❁ بعض المسئولين عندنا يتباهون بمقاومة الفكر الإسلامي ليتقربوا إلى القوى الأجنبية "والصهيونية" التي تعلن عداءها للإسلام وشريعته :

بحجة أنها تتحدث عن بنى إسرائيل بروح عدائية فى نظر إسرائيل[1] .

وقـــد شكل ذلك حرجا شديدا للنظم العربية الداخلة فى التفاوض والتصالح مع إســـرائيل، وبعضها تردد، لكن بعضها بدأ سياسة تسميها التنظيف والتطهير – على مهل أو استحياء وسرية ... والغريب أن أحدا لم يطالب إسرائيل لكى تغير مناهجها وثقافتها وتعاليمها الدينية المليئة بكراهة العرب والتحريض على قتلهم ووصفهم بأنهم حثالة البشر وأن اليهود وحدهم هم شعب الله المختار ... ".

ويفســـر المســـئولون فى إسرائيل ذلك بأن من حقهم استبعاد الكتب الإسلامية التى تتضمن الآيات التى لا تعجبهم كما يطالبون بإلغاء بعض برامج التليفزيون والإذاعة بحجة أنهـــا تثير الكراهية ضد اليهود، بل وتطالب بعزل بعض الوزراء والأساتذة والعلماء وتلح على بقاء من ينفذون خططها حتى أصبح بعض الوزراء والمثقفين وخاصة من الصحافيين والفنانين يتباهون بمقاومة الدعوة الإسلامية والفكر الإسلامى لأن ذلك فى نظرهم يضمن لهم البقاء فى مناصبهم، ووصل الأمر ببعض المسئولين إلى التباهى بإبعاد المتدينين من تولى مسئوليات ثقافية فى مجال الإعلام أو التعليم[2] واستبعاد كل من له فكر أو اتجاه إسلامى مـــن العمـــل فى مجال التعليم و الإعلام أو الجيش أو الشرطة وتحويلهم إلى مواطنين من الدرجة الثانية ووصفهم بأنهم طائفة مضطهدة منبوذة.

---

[1] الحق أن القرآن لا يعادى اليهود ولا غيرهم من الشعوب بل إنه مدح أهل الكتاب عموما، وخص بنى إسرائيل بأن الله آتاهم ما لم يؤت أحدا من العالمين، ومع ذلك حذرنا من عيوبهم الناتجه عن غرورهم واستعلائهم العنصرى على غيرهم ووصفهم غيرهم من الشعوب بأنهم أميون وادعائهم بأنهم وحدهم هم شعب الله المختار وتحريفهم للتوراة لتبرير مطامعهم، والآن يريدون من بعض المسئولين لدينا أن يحرفوا القرآن ويتجاهلوا ما ورد فيه من تحذير من أساليب البغى العنصرى مع أننا الآن فى أشد حاجة لذلك لمقاومة سياستهم العدوانية وتآمرهم علينا بالتواطؤ مع الإمبرياليات الأجنبية .

[2] نشرت إحدى الجرائد اليومية (الأخبار فى 1997/10/27 ص 3) تصريحات لوزير فى أحد أقطارنا تحت عنوان ضخم يتباهى فيه : "أنا لم أستح أن أقول إننى أستبعد من العملية التعليمية ألفا وستمائة مدرس (1600)" (من ذوى الثقافة الإسلامية) لكى يضع بدلا منهم ذوى الاتجاهات المشبوهة الذين لا يعلمون أطفالنا الآيات والأحاديث التى تثير اعتراضات إسرائيل والتى أشار لها الأستاذ صلاح حافظ. أى أن إرضاء إسرائيل لا يكفى فيه تغيير المناهج بل تغيير القائمين بالتعليم فى المدارس أو رؤسائهم فى الوزارة والوزراء أيضا.

(عوده) ٦٦- حـرية القـول ... أباحت الشريعة حرية القول، وجعلتها حقا لكل إنسان، بـل جعلت القول واجبا على الإنسان في كل ما يمس الأخلاق والمصالح العامة والنظام العـام وفي كل ما تعتبره الشريعة منكرا؛ وذلك قوله ﷻ:﴿ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخـير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر﴾ -١٣- [آل عمران: ١٠٤]، وقوله ﷻ : ﴿الذيـن إن مكـناهم في الأرض أقاموا الصلاة وآتوُا الزكاة وأمروا بالمعروف ونهوا عن المنكر﴾[الحج:٤١]. وذلك قول الرسول ﷺ : "من رأى منكم منكرا فليغيره بيده، فإن لم يستطع فبلسانه فإن لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الإيمان"، وقوله ﷺ : "أفضل الجهاد كـلمة حق عند سلطان جائر" وقوله ﷺ : "الدين النصيحة. قالوا لمن يا رسول الله؟ قال: لله ولرسـوله ولكتابه ولأئمة المسلمين وعامتهم" وقوله ﷺ : "سيد الشهداء حمزة بن عبد المطلب ورجل قام إلى إمام جائر فأمره ونهاه فقتله" ...

وإذا كـان لكـل إنسـان أن يقول ما يعتقد أنه الحق ويدافع بلسانه وقلمه عن عقيدته، فإن حرية القول ليست مطلقة، بل هي مقيدة بأن لا يكون ما يكتب أو يقال خارجا عن حدود الآداب العامة والأخلاق الفاضلة أو مخالفا لنصوص الشريعة ...

وقـد قررت الشريعة "حرية القول" من يوم نزولها، وقيدت في الوقت نفسه هذه الحرية بالقيود التي تمنع من العدوان وإساءة الاستعمال. وكان أول من قيدت حريته في القـول محمد ﷺ وهو رسول الله الذي جاء معلنا للحرية، مبشرا بها وداعيا إليها ليكـون قولـه وعمله مثلا يحتذى، وليعلم الناس أنه لا يمكن أن يعفى أحد من هذه القيود إذ كان رسول الله أول من قُيد بها مع ما وصفه به ربه من قوله ﷻ : ﴿وإنك لعلى خلق عظيم﴾ [القلم :٤] ...

(الصدر) ... تعليق "رقم -١٣-" المستفاد من الآية المباركة وجوب اجتماع جماعة من المسلمين يكون عملها الدعوة إلى الخير والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ...

(الشاوي) ... رأينا في تعليق "رقم -١٣-" يسرنا أن نضيف إلى ذلك أن الشيخ "محمد عبده" اقترح أن تقوم الأمة باختيار هذه الجماعة "بالشورى الحرة"، وعد هذا هو أساس النظام النيابي في شريعتنا؛ لأن المجلس النيابي تختاره الأمة ليقوم بواجب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر الذي يشمل أولا محاسبة الحكام وغيرهم والرقابة على أعمالهم ومساءلتهم ...

ونضـيف إلى قول السيد "الصدر" عن وجوب اجتماع جماعة من المسلمين للأمر بالمعروف والـنهي عـن المنكر أن قيام أي جماعة بهذا الواجب لا يترتب عليه سقوط هذا الواجب عن غيرهـم مـن الأفـراد والجماعات، لأنه واجب الأمة كلها بجميع أفرادها وجماعاتها . كل ما هـنالك أنـه إذا قـام فرد أو جماعة بهذا الواجب في موضوع معين فإن الواجب يسقط عن الآخرين باعتباره من واجبات الكفاية ...

﴿عوده﴾ ولقد أمر الله رسوله ﷺ أن يبلغ رسالته للناس وأن يدعو الناس جميعا إلى الإيمان بالله وبالرسالة، وأن يحاج الكفار والمكذبين ويخاطب عقولهم وقلوبهم. ولكن الله جل شأنه لم يترك لرسوله حرية القول على إطلاقها، فرسم له طريق الدعوة، وبين له منهاج القول والحجـــاج، وأوجب عليه أن يعتمد في دعوته على الحكمة والموعظة الحسنة، وأن يجادل بالتي هى أحسن، وأن يعرض عن الجاهلين وألا يجهر بالسوء من القول، وألا يسب الذين يدعــون مــن دون الله. فرسم الله لرسوله حدود حرية القول، وبين لنا أن الحرية ليست مطلقة إنما هى حرية مقيدة بعدم العدوان وعدم إساءة الاستعمال ...

وحــرية القــول في الحــدود التي وضعتها الشريعة تعود دون شك على الأفراد والأمم بالنفع والتقدم، وتؤدي إلى نمو الإخاء والحب والاحترام بين الأفراد والهيئات، وتجمــع كلمة أولى الأمرعلى الحق دون غيره، وتجعلهم في حالة تعاون دائم، وتقضي عــلى النعرات الشخصية والطائفية، وهذا كله ينقص العالم اليوم أو يبحث عنه العالم فلا يهتدي إليه ...

ونستطيع أن نبين مدى صلاحية نظرية الشريعة إذا علمنا أن المشرعين الوضعيين بعد تجاربهم الطويلة ينقسمون اليوم إلى قسمين :

قسم يرى ... حرية القول دون قيد إلا فيما يمس النظام العام، وهؤلاء لا يعيرون الأخلاق أي اهتمام، وتطبيق رأيهم يؤدي دائما إلى "التباغض" و"التنابذ" والتحزب، ثم "القلاقل" و"الثورات"، و"عدم الاستقرار" ...

وقســم يــرى ... تقييــد حرية الرأي في كل ما يخالف رأي الحاكمين ونظرتهم للحياة، وتطبيق رأي هؤلاء يؤدي إلى كبت الآراء الحرة وإبعاد العناصر الصالحة عن "الحكم"، ويؤدي في النهاية إلى الاستبداد ثم "القلاقل" و"الثورات" ...

ونظــرية الشــريعة الإسلامية تجمع بين هاتين النظريتين اللتين تأخذ بهما دول العالم ذلك أن نظرية الشريعة تجمع بين الحرية والتقييد، وهى لا تسلم بالحرية على إطلاقها، ولا بالتقييد على إطلاقه. فالقاعدة الأساسية في الشريعة هى "حرية القول" والقيود على هذه الحرية ليست إلا فيما يمس الأخلاق أو الآداب أو النظام. -١٤- والواقع أن هذه

﴿الصدر﴾ ... تعليق "رقم -١٤-" والشريعة الإسلامية حينما تنبه المسلم إلى الآثار السيئة المترتبة على الكلام المنافي للأخلاق والآداب فإنه سيتركها باختياره وبمحض إرادته، ولا يكون مكرها على ذلك ولا مجبرا فيمتثل المسلم لذلك كما يمتثل لبقية الأحكام الإسلامية مختارا ...

﴿عوده﴾ القيـود قُصـد منها حماية الأخلاق والآداب والنظام، ولكن هذه الحماية لا تتيسـر إلا بتقييد حرية القول فإذا منع القائل من الخوض فيما يمس هذه الأشياء فقد منع من الاعتداء ولم يحرم من أي حق لأن الاعتداء لا يمكن أن يكون حقا ...

ويمكنـنا بعد ذلك أن نقول إن الشريعة الإسلامية تبيح لكل إنسان أن يقول ما يشـاء دون عدوان؛ فلا يكون شتاما، ولا عيابا، ولا قاذفا، ولا كاذبا وأن يدعو إلى رأيـه بالحكمة والموعظة الحسنة، وأن يجادل بالتي هى أحسن، وألا يجهر بالسوء من القـول ولا يبدأ به، وأن يعرض عن الجاهلين. ولا جدال في أن من يفعل هذا يحمل الـناس على أن يسمعوا قوله ويقدروا رأيه، فضلا عن بقاء علاقاته بغيره سليمة، ثم بقاء الجماعة يدا واحدة تعمل للمصلحة العامة ...

وقـد أشـرنا في مواضع متعددة إلى أن الالتزام الفردي بالأحكام التكليفية هو أسـاس قولـنا بأن الجزاء "الدنيوي" الجنائي مكمل ثانوي، أما الأصل فهو الحساب والجزاء "الإلهى" في الآخرة ...

والنصوص القرآنية الآتية تعتبر دستور القول في الشريعة، وهى قوله ﷻ : ﴿ادع إلى سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة وجادلهم بالتي هى أحسن﴾ [النحل:١٢٥]، وقوله ﷻ : ﴿ خذ العفو وأمر بالعُرف وأعرض عن الجاهلين ﴾ [الأعراف: ١٩٩]، وقوله ﷻ : ﴿وإذا خاطبهم الجاهلون قالوا سلاما﴾ [الفرقان : ٦٣]، وقوله ﷻ : ﴿ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدوا بغير علم﴾ [الأنعام: ١٠٨]، وقوله ﷻ : ﴿لا يحب الله الجهر بالسوء من القول إلا من ظُلم﴾ [النساء : ١٤٨]، وقوله ﷻ : ﴿ ولا تجادلوا أهل الكتاب إلا بالتي هى أحسن إلا الذين ظلموا منهم ﴾ [العنكبوت:٤٦].

هـذه هـى نظرية "الحرية" بشعابها الثلاث جاءت بها الشريعة الإسلامية في وقت كان الناس فيه لا يفكرون بعقولهم، ولا يحفلون إلا بما وجدوا عليه آباءهم، وكان من الطبيعي في نظرهم أن يكره الرجل على تغيير عقيدته، ولم يكن لأحد حرية القول أو

[الشاوى] ... رأينا في "تعليق رقم –١٤–" هذا التعليق يشير إلى المبدإ الأساسي الذي أشرنا إليه مـرارا وهو أن أحكام الشريعة يخاطب بها كل فرد لكي يلتزم بها طائعا مختارا بمقتضى اعتقاده بأن أحكامها أوامر إلهية وأن الله ﷻ سيحاسبه عليها ...

〈عوده〉 الـتفكير إلا أصحاب السلطان والأقوياء. وقد لقي المسلمون الأوائل عنتا شديدا في نشر الدعوة وبث العقيدة الإسلامية فعذبوا لتغيير عقيدتهم، وأكرهوا على ذلك بشتى الوسائل، وكان الكفار والمكذبون يترصدون لهم، فلا يحاولون القول إلا منعوهم منه، ولا التعبد إلا آذوهم به ...

وظاهر مما سبق أن الشريعة حين جاءت بنظرية الحرية لم تكن تجاري تطور الجماعة أو تلبي رغباتهم؛ لأن العالم كله في ذلك الوقت لم يكن مهيأ لنظرية الحرية، وإنما قررت الشريعة هذه النظرية لترفع بها مستوى الجماعة وتدفعهم نحو التقدم والرقي، وتسمو بهم عن الموطن الذي نزلت بهم فيه همجيتهم، وأرضاهم به جهلهم، كذلك كان تقرير النظرية لازما لتكميل الشريعة بما تستلزمه الشريعة الكاملة الدائمة ...

وقد جاءت النصوص المقررة للحرية، والمبينة لحدودها نصوصا عامة مرنة، بحيث لا يمكن أن تحتاج إلى تعديل أو تبديل، و هذا يتفق مع الأساس الذي قامت عليه الشريعة، وهو عدم قابليتها للتعديل والتبديل. ولاشك في أن النصوص من العموم والمرونة بحيث لا يمكن أن تضيق بأي حالة مهما تغيرت الظروف والأمكنة وطال الزمن ...

ولقد سبقت الشريعة الإسلامية القوانين الوضعية في تقرير نظرية الحرية بأحد عشر قرنا على الأقل؛ لأن القوانين الوضعية لم تبدأ بتقرير هذه النظرية إلا في أواخر القرن الثامن عشر، وأوائل القرن التاسع عشر، أما قبل ذلك فلم تكن هذه القوانين تعترف بالحرية بل كانت أقصى العقوبات تخصص للمفكرين ودعاة الإصلاح، ولمن ينتقد عقيدة تخالف العقيدة التي يعتنقها أولو الأمر. هذا هو الواقع وهذه حقائق التاريخ. فمن شاء بعد ذلك أن يعرف كيف نشأت الأكذوبة الكبرى التي تقول إن الأوربيين هم أول من دعا للحرية، فليعلم أنها نشأت من الجهل بالشريعة الإسلامية، وقد يعذر الأوربيون في هذا الجهل، أما نحن فلم نجد لأنفسنا عذرا ...

26 – حرية القول وآداب الاختلاف والحوار والدعوة بالحكمة :

إن حـــرية القول متممة لحرية الفكر، وحرية الاعتقاد، وقد فتح لنا فقيهنا الباب لبـــناء نظـــرية نحن فى أشد الحاجة إليها فى عصرنا الحاضر وفى المستقبل بسبب تطور وسائل الإعلام وتجاوزها لحدود الدول والقارات، الأمر الذى يوجب علينا أن نرسم الحدود التى لا يجوز لها أن تتعداها بصورة تهدد الأصول التى يقوم عليها نظام المجتمع ومعتقداته ومبادئه وأصوله الثابتة.

إن ميـــزة فقهنا أنه لا يكتفى بتقرير المبدإ، بل يرسم له حدوده التى تضمن عدم تعارضـــه مع المبادئ الأخرى، ولا يقرر حقا إلا ويضع الضمانات لكيلا يؤدى سوء اســـتعماله إلى تهديده لحقوق باقى أفراد المجتمع، بل وحقوق المجتمع ذاته ؛ لأن نظام المجـــتمع وأصـــوله تســـتحق مـــن شريعتنا حماية لا تقل عن حمايتها لحريات الأفراد وحقوقهـــم، لأنهـــا "كمـــا قدمنا من قبل" شريعة اجتماعية تعنى بنظام المجتمع وأمنه وحقوقـــه، كمـــا تعنى بحماية حريات الأفراد وحقوقهم. وسوف يظهر حرصها على التوازن الدقيق بين حقوق الفرد وحقوق الجماعة عندما نستعرض نظرية "الشورى".

وقـــد أبـــدع "فقيهنا" فى بيان التوجيهات التى فرضها القرآن عند ممارسة حرية الجدال والحوار أو القول، وأورد أدلتها من آيات القرآن الكريم التى تخاطب الرسول الأمـــين ذاته، وتفرض عليه وجوب الدعوة بالحكمة والموعظة الحسنة والجدال بالتى هـــى أحسن، وعدم الجهر بالسوء من القول، وعدم سب المشركين الذين يعارضون دعوته، والإعراض عن الجاهلين وعدم التورط فى الحوار معهم .

إن هـــذه الأحكام قد أعلنها القرآن لتكون ملزمة للرسول، ومن باب أولى لكل من يقوم بالدعوة الإسلامية أو يلتزم بشريعتنا بعد الرسول الأمين والاقتداء به.

وتمتاز شريعتنا بأنها تفتح لفقهنا طريق التعدد. حتى إنه يتسع لاختلاف آراء الأئمة والمذاهب و الآراء داخل كل مذهب وأصبح من المقرر أن الخلاف بين العلماء يثرى الشريعة لكنه يخضع لحدود يرسمها فقهنا فيما يسمى بأدب الخلاف[1] .

---

[1] يراجع فى ذلك كتيب الدكتور صالح بن عبد الله بن حميد إمام الحرم المكى، وكتاب صديقنا الدكتور طه جابر رئيس المعهد العالمى للفكر الإسلامى .

عوده ٤٧ـ *نظـرية الشـورى*.. جاءت الشريعة الإسلامية مقررة لمبدإ الشورى-١٥- في قوله ﷻ : ﴿وأمرهم شورى بينهم﴾ [الشورى:٣٨]. وفي قولهﷻ : ﴿وشاورهم في الأمـــر﴾ [آل عمـــران:١٥٩]. ولم يكن تقرير النظرية نتيجة لحال الجماعة، فقد كان العرب في أدنى دركات الجهل وفي غاية التأخر والانحطاط، وإنما قررت الشريعة النظرية لأنهـــا قـــبل كل شيء من مستلزمات الشريعة الكاملة الدائمة المستعصية على التبديل والـــتعديل، ولأن تقريـــر الـــنظرية يؤدي بذاته إلى رفع مستوى الجماعة وحملهم على الـــتفكير في المســـائل العامـــة والاهـــتمام بها، والنظر إلى مستقبل الأمة نظرة جدية، والاشـــتراك في الحكـــم بطريق غير مباشر والسيطرة على الحكام -١٦- ومراقبتهم . فالنظرية إذن مقررة لتكميل الشريعة ولتوجيه الجماعة ورفع مستواها ...

وظاهر من صيغة النصين -١٧- المقررين لمبدإ الشورى أنهما عامان مرنان إلى آخر حـــدود العموم والمرونة، بحيث لا يمكن أن يحتاج الأمر إلى تعديلهما أو تبديلهما في المســـتقبل. وفي هـــذا بيان لما قلناه من أن الشريعة تتميز بصفة الدوام وأنها لا تقبل التبديل والتعديل ...

الصدر تعـــليق ... "رقم -١٥-" فرق واضح بين معنى الآيتين المباركتين . أما الآية الأولى فمعناها كمـــا مـــر علينا قريبا أن ما أوكله الله للأمة من شؤون ليس لشخص خاص أو لجماعة خاصة أن تخـــتص بـــه بل هو حق للأمة جميعا، وأما ما كان من أعماله سبحانه كإرسال الأنبياء وتعيين الأئمة فـــليس من أمور الأمة ليكون شورى بينهم . وأما الآية الثانية فهي لا تدل على إلزام النبي ﷺ اتباع رأي الصحابة عند استشارتهم بقرينة قوله ﷻ : ﴿ فإذا عزمت فتوكل على الله ﴾ .

الصدر ... تعليق ... "رقم -١٦-" غير النبي ﷺ والأئمة المعصومين "ع" الذين عينهم الله ﷻ ولم يوكل أمر نصبهم إلى الأمة ...

الصدر ... تعليق "رقم-١٧-" مر علينا آنفا أن النص الأول هو الذي يقرر مبدأ الشورى دون الثاني..

الشاوي ... رأيـــنا في الفقرة الأخيرة في تعليق السيد الصدر رقم -١٥- ورقم -١٧- لا نوافق على تفسيره للآية رقم (١٥٩) في سورة آل عمران، والادعاء بأنها لا تدل على إلزام النبي ﷺ باتباع رأي (غالبية) الصحابة عند استشارتهم بقرينة قوله ﷻ: ﴿فإذا عزمت فتوكل على الله﴾ ونحن نأسف لأن كثيرا من الباحثين المحدثين من أهل السنة مازال يردد هذا القول، وردنا عليه أن الوجوب أكدته السنة العملية في غزوة أحد ...

وفضلا عن ذلك، فإذا أخذنا بهذا التفسير فقد كان يجب اعتباره من خصائص النبوة، التي كثيرا ما يشير إليها السيد الصدر كما فعل في التعليقين رقمي (-١٦- و- ١٨-)، وحبذا لو بـــين أن ذلـــك لا يجـــوز أن يتخذه الولاة والسلاطين والخلفاء ولا الأئمة حجة للتهرب من التزامهم بقرار الأغلبية؛ لأنه من خصائص النبوة ...

<عوده> ولهذه الاعتبارات اكتفت "الشريعة" بتقرير "الشورى" كمبدإ عام، وتركت "لأوليـــاء الأمور" في الجماعة أن يضعوا معظم "القواعد" اللازمة لتنفيذه ؛ لأن هذه القواعد-١٨- تختلف تبعا لاختلاف الأمكنة والجماعات والأوقات. فلأولياء الأمور مـــثلا أن يعرفوا رأي الشعب عن طريق رؤساء الأسر والعشائر، أو عن طريق ممثلي الطوائف، أو بأخذ رأي الأفراد الذين تتوافر فيهم صفات معينة إما بطريق التصويت المباشر، وإما بطريق التصويت غير المباشر. ولأولياء الأمور أن يسلكوا أي سبيل آخر يرون أنه أفضل من غيره في تعرف رأي الجماعة بشرط ألا يكون في ذلك كله "ضرر ولا ضرار" بصالح الأفراد أو الجماعة أو النظام العام ...

أما القواعد الأساسية الخاصة بتطبيق مبدإ الشورى وتنفيذه وهى قليلة فقد بينت الشـــريعة أحكامهـــا ولم تـــتركها لأولياء الأمور. وهذه القواعد حكمها حكم مبدإ الشورى لا تقبل التعديل ولا التبديل لأنها قواعد جاءت بها نصوص خاصة، والقاعدة أن ما نص عليه لا يعدل ولا يبدل ...

ومـــن هذه القواعد الأساسية التي توجب الشريعة اتباعها في تطبيق مبدإ الشورى وتنفيذه، أن تكون الأقلية التي لم يؤخذ برأيها أول من يسارع إلى تنفيذ رأي الأغلبية،

الصدر ... تعليق "رقم -١٨-" في غير ظرف وجود النبي والإمام المعصوم ...

الشاوى ... رأيـــنا في تعليق "رقم -١٦- و -١٨-" لو سلمنا جدلا بمبدإ عصمة الأئمة من آل الـــبيت فإنها لا تسري بعد انتهاء عهد الأئمة الاثنى عشر ... ولا يتمتع به من ينوبون عنهم من الفقهـــاء في فترة الغيبة التي بدأت باختفاء الإمام الثاني عشر ومازالت سارية حتى الآن . وبذلك يكـــون هناك الآن اتفاق بين الفقه الشيعي والسنة فيما يتعلق بمبدإ الشورى كأساس للولاية منذ ذلك التاريخ، أي منذ الغيبة. وقد أكدنا ذلك في تعليقنا على ما كتبه "الإمام الخميني" في دروسه الفقهية ونظريته في "ولاية الفقيه" ...نرجو من القارئ أن يراجع الصفحات(٣٠٥) وما بعدها في كتابـــنا "فقـــه الحكومة الإسلامية بين السنة والشيعة". وقد قلنا فيه إن الإمام الخميني بدعوته إلى ولايـــة الفقيـــه الـــذي يحظى بتأييد الأغلبية الشيعية قد طبق مبدأ الشورى والبيعة الحرة الذي يتمسك به جمهور فقهاء السنة. وأدى بذلك للفكر الإسلامي أكبر خدمة بوضعه الحجر الأساسي لوحـــدة الفكـــر الإســـلامي في أصول الحكومة الإسلامية وقواعدها، وأزال الهوة السحيقة التي فرقت بين السنة والشيعة ...

عوده وأن تنفذه بإخلاص-١٩- باعتباره الرأي الواجب الاتباع، وأن تدافع عنه كما تدافع عنه الأغلبية. وليس للأقلية أن تناقش رأيا-٢٠- اجتاز دور المناقشة، أو تشكك في رأي وضع موضع التنفيذ. وتلك هي سنة الرسول التي سنها للناس والتي يجب

الصدر ... تعليق "رقم -١٩-" إذا كان رأي الأغلبية غير مناف للشريعة الإسلامية وإلا فلا يجب تنفيذه إذ لا طاعة لمخلوق مع عصيان الخالق ...

الصدر ... تعليق "رقم -٢٠-" بالشرط السابق ...

الشاوي ... رأينا في التعليقين "-١٩-و-٢٠-" ... المبدأ الذي أكده فقيهنا (في البند ٤٧)- وهو التزام الأقلية دائما بتنفيذ رأي الأغلبية بإخلاص- هو مبدأ أساسي لا يمكن أن يستقيم أمر المجتمع بدونه، ولذلك لا نوافق على ما أضافه السيد "الصدر" (في تعليقيه رقمي-١٩-و-٢٠-) من اشتراط أن يكون رأي الأغلبية غير مناف للشريعة؛ لأن تطبيق هذا الشرط هو من اختصاص الأغلبية ومن صلاحيتها أيضا. فإذا قررت أمرا فبديهي أن ذلك يعني بأنها ترى أنه مطابق للشريعة في نظرها، فلا يجوز للأقلية التنكر له ولا أن تعطي لنفسها حق التعقيب على ما قررته الأغلبية زاعمة أن رأي الأغلبية خاطئ، وأن رأيها هو الصواب؛ لأن معنى هذا التهرب من مبدإ التزام الأقلية برأي الأغلبية و يفتح الباب لأي فرد للخروج على ما قررته الجماعة زاعما أنه مخالف للشريعة وأنه وحده الذي يعرف الشريعة دون غيره ...

إن ما لا يجوز للأقلية لا يصح قبوله من الفرد، وإلا كان معنى ذلك أن كل فرد في المجتمع (أو مجموعة تمثل الأقلية) يستطيع دائما الخروج على قرارات الشورى الملزمة محتجا بأنها مخالفة للشريعة في نظره هو، لا في نظر الجمهور (أي الأغلبية)، هذه الحجة غير مقبولة لأن معنى الشورى أن قرار الجمهور هو الحد الفاصل بين الصواب والخطإ، وليس للأقلية ولا للفرد أن يتهرب منه زاعما أن رأيها خطأ وأن رأيه هو الصواب، أو أن ما تقول الأغلبية إنه موافق للشريعة يدعي أي فرد أو أقلية أنها ترى أنه مخالف للشريعة وتتهرب من الالتزام به بحجة ألا طاعة لمخلوق في معصية الخالق كما قال السيد "الصدر" في تعليقيه رقمي (-١٩- و-٢٠-).

لكنه يستثنى من ذلك أن تعلن الأغلبية عدم التزامها بالشريعة أو عدم تقيدها بنصوص الكتاب والسنة صراحة، عند ذلك يحق للفرد أو لطائفة من المؤمنين أن يمارسوا حقهم في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وأي منكر أشد من التبرؤ من تطبيق الشريعة أو الالتزام بالكتاب والسنة ...

و ما ورد في هذين التعليقين وقبلهما في التعليقين رقمي - ١٦-و-١٧-" يؤكد ما نقوله فيما بعد من أن التزام الأقلية برأي الأغلبية ناتج عما نقول به من أن قرار الأغلبية بالشورى يعد إجماعا نسبيا أو إجماع الجمهور كما قال أسلافنا، وتراجع كذلك التعليقات أرقام -٣٠- إلى رقم -٤٠- فيما بعد .

(عوده) عـــلى الناس اتباعها طبقا لقوله ﷺ-٢١- : ﴿وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا﴾... [الحشر: ٧].

(الصدر) ... تعـــليق "رقـــم -٢١-" الآيـــة المباركة تأمر بإطاعة أوامر الرسول ﷺ لا إطاعة أوامر الأغلبية.

(الشاوي) ... رأينا في تعليق "رقم -٢١-" لا نوافق على ما قاله السيد "الصدر"؛ لأنه يفترض أن رأي الأغلـــبية مخالف لأوامر الرسول ﷺ وسنته، وهذا يعطي لكل فرد في المجتمع أن يسير على هـــواه ولا يلتزم برأي الأغلبية زاعما أنه يطيع الرسول فقط ولا يطيع رأي الأغلبية، ومعنى هذا خـــروجه عـــن الجماعة، وهذا يهدم نظامها ويتعارض مع تضامن جميع أفرادها. إن هذا التضامن الاجـــتماعي يوجب التزام كل فرد بما تراه "الجماعة" أو أغلبيتها أو ما تقرره، ولا يجعل رأيه أو رأي "الأقـــلية" الـــتي ينتســـب لها فوق رأي "الأغلبية" بمجرد أن يزعم أن رأيها غير ما أمر به "الرسول الكريم" ﷺ ...

إن إلزام الأقلية برأي الأغلبية أو قرارها في نظرنا يعالج فكرة "التقية" عند الشيعة التي يغالي بعضهم في مضمونها ويغالي غيرهم في نقدها ...

يغلو بعض كتاب الشيعة فيصورونها بأنها "مداراة كل سلطة يعتبرونها باغية"، وبعضهم يغالون ويعتبرونها كذلك إذا تولاها أحد غير الأئمة الاثنى عشر من آل البيت أو من ينوب عنهم؛ لأنها لا تمثل الولاية الصحيحة "حسب نظريتهم في اختصاص الأئمة الاثنى عشر من آل البيت بالولاية بناء على وصية أو وراثة" وأن كل من تولى الأمر غيرهم يكون باغيا، ولو كانت ولايته بالشورى الشرعية ...

وردنا على ذلك أن الباغين هم فقط من يفرضون أنفسهم بالقوة والغصب، لا المعينون للولاية بقرارات الشورى الحرة الملزمة ...

ويغالي خصوم "الشيعة" في نقد "التقية" ظنا منهم أن المقصود بها إباحة المداراة لهم دون غيرهم بحجة أنهم على حق، وغيرهم على باطل ...

ويظن البعض بأن إصرار بعض كتاب الشيعة على إنكار وجوب الالتزام برأي الأغلبية ناتج عن شعورهم بأن الأغلبية في الأمة هى لأهل السنة، ولا يريدون أن يلزموا أنفسهم بما يقرره أهل السنة والجماعة، لكن من يعارضون هذا المبدأ "مبدأ الالتزام بقرارات الشورى" من كتاب السنة أكثر بكل أسف ...

ونأمل أن يصل "الطرفان" إلى وضع حد "للغلو" الذي يفهم من كتابات بعض الباحثين من الطرفين والذي يستفيد منه السلاطين وحكام الجور والبغاة المستبدون ...

(عوده) ولقد سن الرسول ﷺ هذه السنة وعمل بها في حياته -٢٢- واتبعها أصحابه بعد وفاته. عمل الرسول بهذه السنة لما علم باستعداد قريش لغزوة أحد، وأنهم أقبلوا إلى المدينة ونزلوا قريبا من جبل أحد فجمع ﷺ أصحابه، واستشارهم أيخرج إليهم أم يمكـــث في المديـــنة ؟ وكان رأيه ألا يخرجوا من المدينة وأن يتحصنوا بها فإن دخلوها قاتلهم المسلمون على أفواه الأزقة والنساء من فوق البيوت، ووافقه على هذا الرأي "عبد الله ابن أبي" وبعض الصحابة، ولكن جماعة من الصحابة أشاروا بالخروج وألحوا عـــليه في ذلك، فكان الرسول أول من وضع رأي الأكثرية موضع التنفيذ-٢٣-، إذ نهـــض من المجلس فدخل بيته ولبس لأمته، وخرج عليهم ليقود الأقلية والأكثرية إلى لقاء العدو خارج المدينة، وقد سارع الرسول بتنفيذ رأي الأغلبية بالرغم من مخالفته لرأيه الخاص الذي أظهرت الحوادث فيما بعد أنه كان الرأي الأحق بالاتباع ...

(الصدر) ... تعـــليق "رقم -٢٢-" مر علينا قريبا أن مبدأ الشورى إنما يقرره النص الأول دون الـــثاني لأن الـــنبي ﷺ لم يكن يجب عليه الأخذ برأي أصحابه وكان رأيه هو القطعي كما يدل قوله ﷻ : ﴿فإذا عزمت فتوكل على الله﴾ ...

(الصدر) ... تعـــليق "رقـــم -٢٣-" لا يجب على النبي ﷺ اتباع آراء أصحابه، وإن أجمعوا كما يدل على ذلك قوله ﷻ : ﴿ فإذا عزمت فتوكل على الله ﴾ وإنما ترك ﷺ رأيه في هذه الواقعة واتبع رأي الأكثرية خوفا من عصيان الجيش ومخالفتهم لأمره* ...

(الشاوي) ... رأيـــنا في "تعليقي -٢٢-و-٢٣-" نحن نؤيد ما قاله المؤلف من أن نصوص القرآن الخاصـــة بالشـــورى (في سورتي الشوري وآل عمران) توجب جعل قراراتها ملزمة للكافة، لذلـــك لا نوافـــق على قول السيد الصدر في التعليق رقم -٢٣- إن الرسول الكريم لم يلتزم برأي الأغلبية، وإنما جاراهم في غزوة أحد من باب حسن السياسة فقط * ...

ومـــا يؤســـفنا أن كثيرين من علماء السنة يدعي ذلك أيضا، ويستفيد منه سلاطين الجور والبغي وقد قلنا في كتابنا "فقه الشورى" إنه إذا فرض جدلا أن الرسول لم يلتزم برأي الأغلبية فإنه إنما كان استثناء بسبب أنه تلقى وحيا، وأنه عندما يوجد وحي إلهي فلا محل للشورى ... وأن مبدأ الالتزام بقرارات الشورى لا جدال فيه بالنسبة لغير الرسول الكريم ...

---

* تعليق للأستاذ الدكتور العوا :

لو صح هذا لكان اتباع الشورى واجبا من قبيل سد ذرائع الفساد...

(عوده) وعمـــل أصحاب الرسول بهذه السنة بعد وفاته في حروب الردة-٢٤- فقد كـــان رأي الغالبية أول الأمر متجها إلى عدم محاربة المرتدين ومسالمتهم، وكان رأي الأقـــلية وعـــلى رأسهم "أبو بكر" متجها إلى محاربة المرتدين وعدم التسامح معهم، وانـــتهت المناقشة بجنوح "الكثيرين" إلى رأي "أبي بكر" بعد اقتناعهم به، فلما وضع هـــذا الـــرأي موضع التنفيذ كان "المخالفون" في الرأي هم أول المنفذين-٢٥- له، والمضحين في سبيل تنفيذه بأموالهم وأبنائهم وأنفسهم ...

(الصدر) ... تعـــليق "رقـــم -٢٤-" لم تكن هناك ردة بعد النبي ﷺ وأن الذين حاربهم أبو بكر إحـــدى جماعـــتين : إما جماعة اتبعت من تنبّأ وادعى النبوة أيام النبي ﷺ، وإما جماعة أنكرت خلافة أبي بكر؛ لأنها لم تكن عن "نص" ولا عن "إجماع" المسلمين، ومن أراد التفصيل فليراجع كتاب "السقيفة" للعلامة الشيخ "محمد رضا المظفر" رحمه الله ...

(الشاوي) ... رأينا"في تعليق -٢٤-" يردد رأي بعض كتاب الشيعة في عدم حجية قرار الجمهور في الســـقيفة، و"يستشهد في ذلك بكتاب للعلامة الشيخ محمد رضا المظفر"، وكان يكفي أن يعلل ذلك بما ذهبوا إليه من أن الإمام علي بن أبي طالب لم يقره، وأنه هو وذريته هم الموصي لهم، وأنهم "دون بقية الصحابة وغيرهم من المسلمين" "معصومون" لا يجوز للشورى أن تناقض مـــا يـــرونه. وردنـــا على ذلك أن مبدأ العصمة لغير الرسل الكرام لا يقره فقه السنة، وهم الأغلبية، ونرى وجوب الالتزام به ...

كذلـــك لا نقـــر قوله إن بعض المرتدين الذين حاربهم أبو بكر لم يكونوا مرتدين وإنما هم جماعة أنكـــرت خلافته بزعم أنها لم تكن عن نص ولا عن إجماع المسلمين، وردنا هو أن الأغلبية في الشـــورى تكفـــي لاختيار الخليفة، ولوجوب الالتزام بها، وعلى الأقلية الالتزام برأي الأغلبية بإخلاص وصدق ...

وليـــس من الممكن أن يسوي السيد الصدر بين من ارتدوا عن الإسلام واتبعوا من تنبئوا، والذين نسب إليهم إنكار صحة ولاية أبي بكر؛ لأنها لم تكن عن نص ولا إجماع ...

(الصدر) ... تعـــليق "رقم ٢٥-" كما لا تكون الأغلبية حجة أيام عهد النبوة الزاهرة كذلك لا تكون حجة أيام الإمام المعصوم المنصوب من قبل الله ﷻ فإن الحجة إنما هي رأيهما وما يأمران به ...

(الشاوي) ... رأيـــنا في "تعـــليق ٢٥-" هذا الموضوع له قيمة تاريخية فقط، ويهمنا الآن الرأي الفقهـــي الـــذي وصلوا إليه بعد توقف ولاية الأئمة الاثنى عشر، أي في عهد الغيبة الحالي ... وهـــو أن المـــبدأ العام والأصل في شريعتنا هو الالتزام بقرار الجماعة "التي يمثلها جمهورها أي أغلبيتها" ... وبذلك يؤيدوننا في إنكار ما يقوله كثير من العلماء اليوم من عدم الالتزام بقرار الشـــورى وهـــو ما يردده فقهاء السلاطين ليطلقوا يد حكام الجور دون التزام بالشورى في عملهم، ولا يكتفون بعدم التزامهم بها في الاستيلاء على السلطة بالقوة والغلب ...

<عوده> وهذه السنة المباركة التي تكمل مبدأ "الشورى" العام تعتبر في وقتنا الحاضر العلاج الناجع لفشل "الديمقراطية". فمن المسلم به أن البلاد الديمقراطية فشلت فشلا ذريعا في تطبيق مبدإ "الشورى"، والسبب الأساسي في هذا الفشل أنهم يسمحون للأقلية أن تناقش الرأي الذي أقرته الأغلبية بعد انتهاء دور المناقشة، وأن تشكك في قيمته وصلاحيته أثناء تنفيذه، بل إنه يظل موضع الانتقاد والسخرية حتى بعد تمام تنفيذه. ولما كانت القاعدة أن فريق الأغلبية هو الذي يتولى الحكم، فإن آراء هذا الفريق وأعماله لا تقابل بما يجب لها من الاحترام بل تكون دائما محل تشكيك وسخرية، ويطعن عليها بتفاهتها وعدم صلاحيتها، بل قد يحدث أن تمتنع الأقلية عن تنفيذ القوانين التي تسنها الغالبية، وتظل الحال هكذا حتى يصبح الفريق الحاكم أقلية فيترك الحكم ليتولاه فريق الأكثرية الذي تعامل آراؤه وأعماله بمثل ما قوبل به فريق الأكثرية السابق. وهكذا لا يتولى الحكم فريق إلا كانت آراؤه وأعماله محل النقد والتشكيك والسخرية. وقد يكون النقد سبيلا من سبل الإصلاح إذا أبدى الناقد رأيه وقت المناقشة أو نقد آراء لم تناقش من قبل، أما نقد الآراء التي سبقت مناقشتها والتشكيك فيها بعد أن وضعت موضع التنفيذ فذلك هو الفساد بعينه، بل إنه ليتناقض مع الأساس الذي تقوم عليه الشورى، فأساس الشورى هو أن يحكم الشعب طبقا لرأي الأغلبية، ومعنى ذلك أن أغلبية الشعب إذا أجمعت على رأي كان رأيها قانونا أو حكما تجب له الطاعة والاحترام.

ولقد أدى موقف الأقلية من الأغلبية إلى نتيجته الطبيعية، فظهر أولو الأمر في البلاد الديمقراطية بمظهر العاجز الذي لا يحسن التصرف، وفقد الأفراد ثقتهم في الزعماء والجماعات والأحزاب، وأصبحوا يتشككون في قدرتهم على حكم الشعب وإدارة أموره، وحق لهم أن يفقدوا ثقتهم فيمن تصدوا لقيادتهم فلم يسمعوا عنهم في يوم ما أنهم ارتأوا رأيا فكان موضع التقدير، أو جاءوا بفكرة لم تكن موضع السخرية، أو هموا بعمل لم يكن موضع النقد والتشكيك ...

وإذا كان فشل البلاد الديمقراطية في تطبيق مبدإ الشورى يرجع في الأصل إلى انعدام الثقة فيمن يتصدون لقيادة الشعب، فإن تفشي هذا الفشل في كل البلاد الديمقراطية جعل الناس يعتقدون أن مبدأ الشورى نفسه غير صالح للتطبيق فانتقل الشك وعدم الثقة من القائمين على تطبيق المبدإ إلى المبدإ ذاته، واعتنق الكثير من البلاد الديمقراطية مبدأ الديكتاتورية وهم يظنون أنهم سيجدون فيه علاجا لحالة الشك وعدم الثقة التي تعيش فيها الشعوب ...

﴿عوده﴾ ولكـــن الـــتجارب أثبـــتت أن الديكـــتاتورية انتهت بفشل أفظع من فشل الديمقـــراطية؛ لأنها تؤدي إلى كم الأفواه وتعطيل حرية الرأي وحرية الاختيار وانعدام الثقة بين الشعوب والحكام وتوريط الشعوب والحكومات فيما لا تريده أو فيما لا يعود عـــليها إلا بالضـــرر. وإذا كـــانت الديكـــتاتورية تـــبدأ غالبا بالنجاح إذا استبدلت بالديمقـــراطية الفاشـــلة فـــإن النجاح لا يرجع إلى النظام ذاته، وإنما يرجع كما أثبتت الـــتجارب إلى ثقة المحكومين بشخصية الحاكمين وتعضيدهم إياهم وإلى حرص الحكام عـــلى صـــالح الجماعـــة، فإذا ما تغير "الحكام" الموثوق بهم، أو فشلوا-٢٦- في القيام بمهمـــتهم، انعدمـــت الـــثقة بـــين الحكـــام والمحكومين وابتدأ الفساد يدب في النظام الديكـــتاتوري، وكان ذلك إيذانا بتغيير نظام الحكم، وإن كان التغيير ذاته يتوقف على عوامل أظهرها ضعف الحاكمين أو شجاعة وقوة المحكومين ...

ونســـتطيع الآن أن نقـــول بحق : إن النظام الإسلامي لا يُعَدّ فقط علاجا ناجحا لفشـــل الديمقراطية، ولكنه أيضا صمام الأمن الذي يحمي الأمم من الديكتاتورية لأن هـــذا النظام يحفظ لمبدإ الشورى قيمته النظرية، ويحقق صلاحيته العملية ويجيش كل القوى لخدمة الجماعة، ويدعو إلى الثقة بالشورى والقائمين بأمرها ويسد الطريق على المبادئ الهدامة والديكتاتورية ...

ونســـتطيع أيضا أن نقول : إن النظام الديمقراطي يقوم في الأصل على الشورى والـــتعاون ولكـــنه انتهى بسوء التطبيق إلى تسليط المحكومين على الحاكمين وانعدام التعاون بينهما. وإن النظام الديكتاتوري يقوم في الأصل على السمع والطاعة والثقة بـــين الحـــاكمين والمحكومـــين، ولكنه انتهى بسوء التطبيق إلى تسليط الحاكمين على المحكومين وانعدام الثقة بينهما، أما النظام الإسلامي-٢٧- فيقوم على الشورى والتعاون

[الصدر] ... تعليق "رقم -٢٦- " أو ظهرت حقيقتهم الفاسدة أمام المحكومين ...

[الشاوي] ... رأيـــنا في "تعـــليق -٢٦-" يؤيـــد رأينا بوجوب إلزام حكام الجور (قبل غيرهم) بالخضوع لرأي الأغلبية في عزلهم عندما تظهر لها حقيقة فسادهم ...

وعـــلى العمـــوم فـــإن الحكام الصالحين لا مصلحة لهم قط في القول بعدم الالتزام برأي الأغلبية ؛ لأن الجمهور يؤيدهم، إنما يستفيد من تعطيل الشورى حكام الجور والبغي ...

[الصدر] ... تعليق ... "رقم -٢٧-" الشورروى ...

[الشاوي] ... رأينا في "تعليق -٢٧-" يسرنا أنه وصف النظام الإسلامي بأنه الشورروى وهذا هو=

<عوده> في مرحـــلة الاستشارة، وعلى السمع والطاعة والثقة في مرحلة التنفيذ ولا تســمح قواعده بتسليط فريق على فريق. وبهذا جمع النظام الإسلامي بين ما ينسب لـــلديمقراطية مـــن فضـــائل، وما ينسب إلى الديكتاتورية من مزايا ومحاسن ثم هو في الوقت نفسه بريء من العيوب التي تنسب للديمقراطية والديكتاتورية معا ...

ولقـــد سبقت الشريعة الإسلامية القوانين الوضعية في تقرير مبدإ الشورى بأحد عشر قرنا، حيث لم تعترف هذه القوانين بمبدإ الشورى إلا بعد الثورة الفرنسية، اللهم فـــيما عـــدا القـــانون الإنجليزي فقد عرف مبدأ الشورى في القرن "السابع عشر". وقـــانون الولايـــات المتحدة الذي أقر المبدإ بعد منتصف القرن "الثامن عشر". أما القانون الفرنسي فقد أخذ بمبدإ الشورى في آخر القرن الثامن عشر، وعلى أثر ذلك انتشـــر مبدأ الشورى وأخذت به معظم القوانين في القرن "التاسع عشر". فالقوانين الوضعية حين قررت مبدأ الشورى لم تأت بجديد، وإنما انتهت إلى ما بدأت به الشريعة الإسلامية، وسارت في الطريق الذي سلكته الشريعة من القرن "السابع" الميلادي ...

= ما توصل إليه المذهب الشيعي في ضوء نظرية الإمام الخميني في كتابه عن الحكومة الإسلامية وطـــبق عمـــليا في دستور الجمهورية الإيرانية بعد الثورة كما أوضحناه في تعليقاتنا على هذا الكـــتاب ونشرناه بعنوان "فقه الحكومة الإسلامية بين السنة والشيعة ... " وبينا فيه أن إجماع الفريقين توصل بذلك إلى أن الشورى هى أساس فقه الحكومة الإسلامية ...

27 - الشورى توفق بين حرية الرأى والالتزام بقرار الجمهور :

إن دراستى لفقه الشورى والاستشارة[1] قد أكدت لى أنها ليست مجرد مبدإ، بل هى نظـــرية عامـــة شاملة أساسها نص القرآن الكريم فى سورة الشورى باعتبارها الطريقة الشـــرعية الوحيدة؛ لكى تتخذ بها الجماعة قرارها فى أمورها العامة، فهى تجعل الجماعة وحدهـــا صـــاحبة "السلطة الدستورية" التى تضع دستور الجماعة وما يتفرع عنه من مبادئ وقواعد وأحكام لاحدود لها،وعبر عن ذلك فقيهنا بقوله: "إن أغلبية الشعب إذا أجمعت على رأى، كان رأيها قانونا أو حكما تجب له الطاعة والاحترام". وهذه العبارة تؤكـــد ما انتهيت إليه من أن "الإجماع" الذى عده فقهاؤنا المصدر الثالث للتشريع بعد الكتاب والسنة، يقصد به إجماع الأغلبية أو الجمهور، والتزام الجميع بما تقرره الشورى "بالأغلبية"، وأن المقصود به فى اللغة هو العزم والتصميم الملزم للجميع بتنفيذ قرارات الشـــورى، رغـــم أنها تصدر بالأغلبية فقط. ويماثله فى الفقه الدستورى الحديث حق إصدار القوانين، أى الأمر بتنفيذها على الجميع حتى ولو تم إقرارها بالأغلبية. فالإصدار (أى الإجماع) معناه إلزام الكافة بقرار الأغلبية بالشورى الحرة.

إن الإجمـــاع فى نظرنا هو اتفاق الأمة على مبدإ الالتزام العام بما تقرره الشورى الشرعية "بالأغلبية"، وهذا يؤكد عموم نظرية الشورى وشمولها لجميع أمور الجماعة بما فيها شئونها التشريعية .

ونحن نقدر "لفقيهنا" الشهيد... تأكيده مرارا على أن : "من القواعد الأساسية فى تطبيق الشورى أن تكون الأقلية التى لم يؤخذ برأيها، أول من يسارع إلى تنفيذ رأى الأغلـــبية، وأن تـــنفذه بإخلاص، باعتباره الرأى الواجب الاتباع" بمجرد "إصداره" الـــذى يعنى الإجماع على تنفيذه، وأن "رسولنا أول من وضع رأى الأكثرية موضع التـــنفيذ، رغـــم مخالفته لرأيه الخاص فيما هو ثابت عند الخروج لملاقاة المشركين فى أحـــد"، وقـــول فقيهـــنا أيضا: "إن الأساس الذى تقوم عليه الشورى هو أن يحكم الشعب طبقا لرأى الأغلبية وإن أغلبية الشعب إذا أجمعت على رأى (إجماع الجمهور) كان رأيها قانونا وحكما يجب له الطاعة والاحترام ، بإجماع الكافة أى التزامهم دون

---

[1] يراجع الباب الثانى من الكتاب الأول "بعنوان الشورى فى مصادر الفقه والتشريع" البنود (31-44) من كتابنا المشار إليه، وقد نشرته دار الوفاء فى عام 1992 الطبعة الأولى، والثانية عام 1993، وسوف نخصص الجزء الثانى من الطبعة الثالثة للشورى فى "الفقه والتشريع" إن شاء الله .

❁ القرآن فرض الشورى نظاما للجماعة قبل أن توجد الدولة :

استثناء". وقوله: " إن النظام الديمقراطي يقوم فى الأصل على مبدإ الشورى والتعاون"، والتكافل فى الرأى والفكر، وإن الشورى تقوم على التعاون والتشاور فى مرحلة التشاور، ثم على السمع والطاعة والثقة " المتبادلة " فى مرحلة التنفيذ !! كذلك يسعدنا تكرار إشارته إلى أن الإسلام قد سبق جميع النظم المعاصرة التى تتباهى بالديمقراطية، مع أنها لم تعرفها بالصورة المعاصرة، إلا بعد أن قرر الإسلام نظرية الشورى بقرون عديدة .

وكثيرون يجهلون أن الإسلام قرر مبدأ الشورى فى المرحلة المكية قبل إنشاء الدولة فى المدينة، وبذلك قصد بها أن تكون شاملة لكل شئون الجماعات الإنسانية، سواء كانت فى صورة دولة أو حركة أو حزب أو هيئة أو ما يماثل ذلك.

إننا نرى أن القرآن الكريم عندما قرر الشورى فى الفترة المكية قبل الهجرة، قد قصد به أن تربى الجماعة الإسلامية وهى أقلية مضطهدة فى مكة على أن تجتهد وتتشاور وتقرر بالشورى لنفسها قواعد وأحكاما تشريعية تميزها عن المجتمع المشرك المسيطر فى مكة (فى ذلك الوقت)، وأن الله سبحانه وتعالى علم هذه الجماعة الناشئة أن تتخذ القرارات اللازمة بشأن جميع نظمها وأمورها العامة بطريق الشورى الملزمة بما فى ذلك شئونها التشريعية، وأن تجعل إجماعها الأداة الشرعية لإلزام الجميع بما تقرره المشورة والشورى، وكان ذلك ضروريّا حتى لاتلتزم بشريعة الكفار،وما اشتملت عليه من شذوذ وانحرافات أدانها القرآن صراحة مثل وأد البنات وإهدار حقوق الإناث عامة،وهو الإهدار الذى أدى فى نظرهم إلى قتل البنات بما سمى "الوأد" للتخلص مما كانوا يعتبرونه عارا فى ذلك الزمان، وقد أدان القرآن ذلك بشدة وقوة تؤكد حرصه على تقدير المرأة وتحرير الإناث تحريرا كاملا[1].

فى نظرنا أنه فى فجر الإسلام فى العهد المكى قبل الهجرة، وقبل تأسيس الدولة كانت الشورى هى مصدر التشريع بالاجتهاد ما لم يكن هناك أمر إلهى أو نبوى بشأن الواقعة المراد معرفة حكم الشرع فيها .

---

[1] يراجع المؤلف الموسوعى القيم الذى نشره صديقنا وزميلنا الأستاذ/ عبد الحليم أبو شقة بعنوان "تحرير المرأة فى عصر الرسالة".

❁ اجتماع السقيفة طبق الشورى كأساس لإنشاء الحكومة ووضع نظامها :

ولقــد تــأيد مبدأ الشورى الملزمة والإجماع على الالتزام بقرار الأغلبية بعد وفاة الرســول الكــريم فى اجــتماع "السقيفه" الذى مارس فيه المسلمون عملية الشورى كأساس للمجتمع المدنى الذى أنشأ دولة الخلافة، واختاروا لها رئيسا سموه : (خليفة)؛ لأنــه أحــد أفراد الجماعة الذى لا يتلقى الوحى ولا يدعى له صلة بالسماء كما كان الأمــر بالنسبة للرسول الكريم؛ ولذلك فإنه مسئول أمام أمته ويعمل باسمها ولحسابها وتحت إشرافها الكامل.

أول ما قررته الجماعة فى "السقيفة" هو مبدأ الشورى كأساس لاجتهادات الجماعة فى إقامة الحكومة ووضع نظمها، كما قررت التزام الجميع بما تقرره اجتهادات أغلبية الجماعة أو من يمثلونها.

وعلى ذلك فإن للشورى دورا أساسيًا فى التشريع سواء باعتبارها مجرد اجتهاد أو إجماع يلزم الكافة بما تقرره اجتهادات الأغلبية.

وإذا كنا قد دعونا لتقنين الأحكام الجنائية الشرعية، فيجب أن نوضح أن عملية التقــنين تتضــمن إعمالا لمبدإ "الاجتهاد" ومبدإ "الإجماع" معا باعتبارهما مصدرين للأحكــام الشرعية بعد "الكتاب والسنة"، على أساس أنهما يكونان الدليل الشرعى عــلى الالــتزام بما قرره الكتاب والسنة من مبادئ وأحكام، حتى لايبقى لأحد من الأفراد أو لأقلية منهم مجال للجدال فى ذلك فيما بعد.

"فالاجــتهاد" فى التقــنين فى عصرنا الحاضر هو استنباط الأحكام المستحدثة التى تقتضــيها ظــروف الزمان والمكان، وضرورات المجتمع فى المسائل التى لم تتعرض لها اجتهادات المذاهب الفقهية، أو على الأقل فى اختيار الرأى الذى ترجحه الجماعة بين الآراء والمذاهب المتعددة فى الفقه. وقد قلنا دائما بأن هذا الترجيح يستلزم قدرا من الاجتهاد سواء كان فرديًا أو جماعيًا .

أمــا "الإجماع" فهو إقرار مبدإ التزام الكافة بما قررته الاجتهادات المستحدثة أو الآراء المخــتارة من بين المذاهب و الآراء الموروثة ... وإلزام الجميع به باعتباره قرار الجماعة بالشورى الملزمة. ويكفى للالتزام بها إجماع الجمهور أى الأغلبية.

لكن لنا "رأيا" فيما يتعلق بضمانات الشورى فى عملية تقنين الفقه التى ندعو إليها.

رأينا في ضمانات الشورى في التقنين الشرعي

مـــنذ أن تعطل تطبيق الشريعة فى بلادنا بسبب الغزو والاحتلال الأجنبى، ثم بعد ذلـــك بانتهاج كثير من أقطارنا خطة إصدار قوانين وضعية مستمدة فى عمومها من المجموعـــات القانونية الأجنبية وفى مقدمتها القانون الفرنسى، بدأ كثير من الباحثين يدعـــون إلى عـــرض أحكام الفقه الإسلامى فى صورة مجموعات ومدونات عصرية مشـــابهة لتـــلك التى تعرض فيها القوانين الوضعية.وتجاوبت الدولة العثمانية مع هذا الاتجـــاه، فأصـــدرت مدونتها الشهيرة فى القانون المدنى "مجلة الأحكام العدلية" التى استمر تطبيقها زمنا طويلا فى جميع البلاد التى كانت جزءا من الإمبراطورية العثمانية. وتمشيا مع هذا الاتجاه، ظهرت فى مصر مبادرة جريئة قام بها "محمد قدرى باشا"بنشر مجموعـــات للأحكـــام الشـــرعية، وإن كانت مقصورة على المواد المدنية والأوقاف والأحوال الشخصية. وهناك كثيرون يرون أن المسائل الجنائية فى أشد الحاجة إلى من يتصدى لتقنينها. وقد بدأت فعلا محاولات فى بعض الأقطار بعد صدور هذا الكتاب مـــثل ليبيا والإمارات العربية المتحدة والأردن(*) فى هذا المجال، كما أن الأزهر قام بـــدور مهم فى إعداد مشروعات مقننة للفقه الإسلامى فى المذاهب المختلفة وكذلك لجنة مجلس الشعب وأخرى بوزارة العدل فى مصر .

وكـــتاب "الشهيد عوده" قد اخترناه ليكون أساس هذه الموسوعة، لأنه فى نظرنا يقيم جسرا يصل بين الفقه الموروث فى التشريع الجنائى الإسلامى، وبين الاجتهادات المســـتقبلية والتقنيـــنات الشرعية التى يطالب بها كثيرون لكى تأخذ أحكام شريعتنا صـــورة عصـــرية تـــبرز محاسنها فى مواجهة القوانين الوضعية التى طغت على ساحة التطـــبيق فى كثير من بلاد العالم الإسلامى، وذلك لأنه سلك منهج الدراسة المقارنة لأحكـــام التشـــريع الجـــنائى الإسلامى، وقدم اجتهادات تؤكد التفرقة بين التقنين الشرعي وأحكام الشريعة عموما وبين القوانين "الوضعية".

(*) تعليق للأستاذ الدكتور " محمد سليم العوا " :-

وفى الكويت صدرت مدونتان للقانون الجنائى، إحداهما أعدته لجنة برئاسة الأستاذ الدكتور "على راشد"،والثانية التى كانت ردًا أهليا من بعض المفكرين الإسلاميين على الأولى - أعدها لجنة من القانونيين والشرعيين من بينهم المستشار "عبد القادر حلمى" والأستاذ "سالم البهنساوى" والأستاذ "محمد كمال إبراهيم" (رحمه الله) وآخرون .

❁ ضمانات تميز التقنين الشرعي عن القوانين الوضعية :

صـــحيح أنه لم يتكلم عن التقنين كثيرا، لكنه عندما يذكر "التعازير" يشير إلى أن الشـــريعة أعطـــت "لأولياء الأمر" سلطة تحديد هذه الجرائم، وبيان نوع العقوبات المناســـبة لها وقدرها بشرط الالتزام بمبادئ الشريعة فى التحريم والتحليل ومراعاة ما تقتضـــيه ظروف العصر والمجتمعات،وهذا يضمن المرونة والتطور.ثم إن "أولياء الأمر" عندما يضعون النصوص التى تحدد الجرائم التى تستحق التعزير والعقوبات المقررة لها، فـــإن ذلـــك ســـيكون بنصوص فقهية توصف عادة بأنها قانون مستمد من الشريعة الإسلامية لكنه ليس قانونا وضعيّا، بل مجرد تقنين لأحكام الشريعة الإسلامية فى أحد مذاهـــبها، ولذلـــك فإن المقارنة تكون بين تقنين مذهب معين من مذاهب الفقه وبين "القـــانون الوضعى" المطبق فى بلد معين فى زمن معين.وعلينا نحن ومن يأتون بعدنا أن نتصدى لوضع الشروط والضمانات الضرورية للتقنين الشرعى، حتى لا تتحول تلك التقنينات إلى قوانين وضعية.

وفى نظرنا أن أهم الضمانات ما يلى : –

1 – أن المقصود بأولياء الأمر، ليسوا هم السلاطين والحكام فى الدول العصرية، وإنمـــا هـــم ممثلو الأمة من أهل الاجتهاد وأهل الذكر الذين تفوضهم الأمة فى ذلك بالاختيار الشعبى والشورى الحرة الكاملة .

2 – أنـــه لا يجوز الخلط بين هذه التقنينات الشرعية وبين القوانين الوضعية، لأن الأولى مصدرها ومنبعها هو المصادر الإلهية والفقه الأصيل، وهى تابعة لمصدرها الإلهى ونابعـــة منه، (بخلاف ما يسمى بالقوانين الوضعية التى تستورد من الخارج، وتضعها الدولة على هوى المسئولين فيها والمسيطرين عليها ..) .

3 – أن أهم ضمان لالتزام التقنينات الشرعية بالأصول والمصادر الشرعية هو أن يكـــون للعلماء الدور الأساسى فى ذلك، ويلزم لذلك فى نظرنا إنشاء مجلس خاص للاجـــتهاد والتشريع تكون أغلبيته من العلماء ويشاركهم فيه أهل الذكر من ذوى الاختصـــاص فى الفروع المختلفة مثل الشئون العسكرية أو الاقتصادية والاجتماعية والطـــبية وما إلى ذلك، ويكون مستقلا عن سلطات الدولة، بل وعن المجالس النيابية المختصة بالمسائل السياسية والتى لايشترط فى أعضائها أى شرط من شروط العلم أو الفقه أو الخبرة والتخصص فى العلوم والمهن المختلفة .

التزام الأقلية بما تقرره الأغلبية بالشورى الحرة :

4 – أن العلماء الذين يشتركون فى هذا المجلس لا يدخلونه تلقائيا – جميعا دون تمييـــز بينهم – بمجرد حصولهم على مؤهلات أو قدرات علمية، بل يجب أن يختارهم الشعب أو الأمة بحرية كاملة من بين ذوى المؤهلات العلمية، وبذلك يمكن للجماهير أن تسد الطريق على فقهاء السلاطين من العلماء الذين يفرضون على الناس آراءهم بحجـــة أنهم مؤهلون علميا؛ لأن المؤهل العلمى يكفى فقط للترشيح، على أن يكون الاختيار للأمة بالشورى الحرة[1] .

إن مـــبدأ الإجماع على أن الأقلية تلتزم بما تقرره الأغلبية بالشورى الحرة هو في نظرنا أساس وجود التفرقة بين البيعة التعاقدية (الدستورية) وهي بيعة اختيار المرشح لتولي السلطة نيابة عن الأمة، وهو تعاقد يجب لصحته توافر حرية الاختيار لمن بايعوا – وهـــذا هو ما نسمية بيعة تعاقدية (دستورية) أو بيعة الاختيار لأنها تتم قبل استلام السلطة .

ومـــتى اختارت الأغلبية مرشحا للولاية بحرية كاملة أصبح قرارهم ملزما للأقلية التي يجب عليها أن تنضم إلى الأغلبية في اعطاء يمين الولاء لمن اختارته الأغلبية – وقد انتقدنا نظم الملك العضوض وولاية المتغلبين المستبدين في وصف هذا اليمين بأنه بيعة، وهـــو ليـــس كذلك لأنه أداء الواجب الالتزام بما قررته الشوري بالأغلبية – وهو واجب على الأقلية والأغلبية معا ومجرد إجراء لتسليم السلطة .

ولقـــد قلنا في كتابنا فقه الشورى والاستشارة إنه لا يجوز تسمية يمين الولاء هذه بيعـــة ولا الاستغناء بها عن بيعة الاختيار التعاقدية المبنية على حرية الاختيار الكاملة باعتبارها عقدا دستوريا – وقلنا إن نظم الحكم المبنية على القوة والغلب جرت على الاكـــتفاء بهذا اليمين وتسميته بيعة في حين أنه يمين يفرضها من بيده السلطة فعلا – ويســـمى في العصـــر الحديـــث استفتاء بحرية الجالس في مقعد السلطة كإجراء من إجراءات أو مراسم تولي السلطة وليس تعاقد حرّا[2] .

---

[1] يراجع البند 35 وما بعده فى كتابنا فقه الشورى بعنوان "دعوة إلى تنظيم مجلس للإجماع" والتقنين على أساس الشورى و الاجتهاد والإجماع .

[2] يراجع كتابنا فقه الشوري ص 446 وما بعدها وما قبلها في البند 63 من الكتاب.

﴿عوده﴾ ٢٨ـ *نظـرية تقييـد سـلطة الحـاكم* ... جاءت الشريعة الإسلامية من يوم نزولها بنظرية تقييد سلطة الحاكم، فكانت أول شريعة قيدت سلطة الحكام وحرمتهم حرية التصرف وألزمتهم أن يحكموا في حدود معينة ليس لهم أن يتجاوزوها وجعلتهم مسئولين عن عدوانهم وأخطائهم ...

وتقوم النظرية على ثلاثة **مبادئ** أساسية :

أولها ... وضع حدود لسلطة الحاكم ...

ثانيها ... مسئولية الحاكم عن عدوانه وأخطائه ...

ثالثها ... تخويل الأمة حق عزل الحاكم ...

المبدأ الأول : وضع حدود لسلطة الحاكم : كانت سلطة الحاكم قبل نزول الشريعة سـلطة مطلقة لا حد لها ولا قيد عليها، وكانت علاقة الحاكمين بالمحكومين قائمة على القوة البحتة ومن القوة كان الحاكم يستمد سلطانه، وعلى مقدار قوته كانت سلطته، فكلما كان قويا امتد سلطانه لكل شيء، وإن ضعف انكمشت سلطته وأصابها القصور والوهـن، وكـان الناس يدينون للحاكم بالطاعة لا لأنه يحكمهم بل لأنه أقوى منهم، فكلما كان الحاكم قادرا على أن يسوق الناس بعصاه أو يغريهم بماله وجاهه، فهم من الطـائعين السـامعين، فإذا ضعف الحاكم واستطاع أحد منافسيه أن يتغلب عليه فإنه يستطيع تبعا لذلك أن يتحكم في رقاب "الرعية"، وكانت "الرعية" تعتبر خدما وعبيدا لصاحب السلطان سواء أورث سلطانه أم اكتسبه (بالغصب) ...

ولمـا كان الحاكم يستمد سلطته من قوته لم تكن سلطة أي حاكم تساوي سلطة الآخـر، ولم تكن هناك حدود مرسومة للحكام لا يتعدونها، بل كان للحاكم أن يأتي مـا يشـاء ويدع ما يشاء دون حسيب أو رقيب وجاءت الشريعة فاستبدلت بهذه الأوضـاع البالية أوضاعا جديدة تتفق مع الكرامة الإنسانية والحاجات الاجتماعية، فجعلت أساس العلاقة بين الحكام والمحكومين تحقيق مصلحة الجماعة لا قوة الحاكم أو ضـعف المحكومـين، وتـركت للجماعة حق اختيار الحاكم الذي يرعى مصلحتها ويحفظهـا -٢٨- وجعلت لسلطة الحاكم حدودا ليس له أن يتعداها، فإن خرج عليها كان عمله باطلا، وكان من حق الجماعة أن تعزله وتولي غيره لرعاية شئونها ...

الصدر ... تعـليق "رقم -٢٨- " في زمان لا يوجد فيه نبي ولا إمام معصوم منصوب من الله ﷻ حاضر غير غائب ...

الشاوى ... رأيـنا في تعليق "رقم -٢٨-" هذا التحفظ من خصائص مذهب الشيعة الذين يعتقدون أن الولايـة تقـررت بالـنص "وصية" للإمام علي وذريته.. فيكون تنصيب هؤلاء "الأئمة" بالنص أي بالوصـية لا "بالشـورى". وأن آخر الأئمة الموصي لهم عندهم هو الإمام الثاني عشر، ومنذ اختفائه=

عوده وقد بينت الشريعة مهمة الحاكم بيانا شافيا وحددت حقوقه وواجباته تحديدا دقيقا، فمهمـة الحـاكم في الشريعة أن يخلف رسول الله ﷺ في حراسة الدين وسياسة الدنيا[1]. ويسـمى الحـاكم في اصطلاح الفقهاء الإمام-٢٩- و" الإمامة " أو" الخلافة " كما يرى "الفقهاء" عقد لا ينعقد إلا بالرضا والاختيار،[2]-٣٠-.

=أصبحت الإمامة بالشورى وإن كان الإمام الخميني يشترط فيه أن يكون فقيها أو بالأصح "مجتهدا".

وقـد بيـنا في كتابنا "فقه الحكومة بين السنة والشيعة أن هذا الشرط يقرره أيضا غالبية فقهاء السـنة، الذيـن يشـترطون أن يكون الخليفة فقيها مجتهدا وأن لنا رأيا آخر هو عدم وجوب هذا الشرط بيناه فى كتابنا بعنوان فقه الحكومة الإسلامية بين السنة والشيعة، ص (٢١٨،٢٤٩) .

الصدر ... تعليق "رقم -٢٩- " وفي اصطلاح فقهاء المذهب الجعفري لا يطلق اسم الإمام إلا على أحد الأئمة الاثنى عشر (ع) الذين ثبتت عصمتهم وكونها من الله بالدليل القطعي عندهم.

الشاوى ... رأينا في تعليق "رقم -٢٩-" يسرنا ما قرره في هذا التعليق، ونتمنى أن يلتزم به الشيعة الذين يصر كثير منهم على إطلاق كلمة الإمام على المجتهدين من غير آل البيت حتى في عصرنا الحاضر ... ويحسن ألا يدعي هؤلاء الأئمة من الفقهاء أن لهم جميع السلطات التي كان الشيعة يعترفون بها للأئمة من آل البيت ...

الصدر ... تعـليق "رقـم -٣٠- " بل الإمامة لا تنعقد عند الشيعة الإمامية إلا بالنص من الله على لسـان رسـوله ﷺ، وأمـا الدولة الإسلامية في ظرف عدم وجود النبوة وغيبة الإمام فإنما تكون بالشـكل الذي تختاره الأمة وترضاه، ومن يتزعم الدولة الإسلامية سواء أكان واحدا أو جماعة إنما يكون برأي الأمة واختيارها وتطلق عليه الاسم الذي ترضاه له وتعطيه من الصلاحيات ماتراه أهلا لها.

الشاوى ... رأيـنا في " تعـليق ٣٠- " يسرنا حرصه في هذا التعليق على أنه في فترة الغيبة تكون الولايـة والإمامـة باختيار الأمة ورأيها، وتعطيه من الصلاحيات ما تراه أهلا لها، وهذا هو التطبيق الصـحيح لمبدإ الشورى ونتمنى أن يراعي كثير من فقهاء السنة ذلك، وأن يقرروا أن الأمة عندما تختار ولي الأمر تحدد له صلاحياته "ومنها مدة ولايته" بكامل حريتها وظروف زمانها ومكانها ...

وهـو أمـر يؤسفنا أن بعض علماء السنة يتجاهله حتى يدعي بعضهم أن الولاية يجب أن تكون مدى الحياة، بل يتجاهل بعضهم حق الأمة وممثليها في الرقابة على من اختاروه للخلافة أو الولاية وحقهم في مساءلته ومجازاته وعزله ...

ويسـرنا أنـنا اطلعنا على ما كتبه أحد كبار علماء الشيعة في لبنان وهو الإمام محمد مهدي شمس الدين رئيس المجلس الشيعي الأعلى في لبنان، الذي ابتكر للشورى تسمية جديدة وصفها بأنها "ولاية الأمة على نفسها" وهو ما يقابل ما يسميه الديمقراطيون "سيادة الأمة أي السيادة=

(١) الأحكام السلطانية (ص : ٣) ...

(٢) الأحكام السلطانية (ص : ٦) ...

﴿عوده﴾ وبموجب هذا "العقد" يلزم "الإمام" أي الحاكم-٣١- أن يشرف على الشئون العامة للأمة في الداخل والخارج[1] بما يحقق مصلحتها-٣٢- بشرط أن يكون ذلك كله

= الشعبية". وقال: "إن الأمة تعبر عن إرادتها بالشورى بالطريقة المناسبة" وأضاف "أنه يجب أن يعمم ويعمق نهج الشورى، وأنه الآن في عصر غيبة الإمام المعصوم يجب أن يلتقي المسلمون على مشروع واحد للدولة يقوم على ولاية الأمة على نفسها ...

وهو يعترف بأن "الأشاعرة" و "أهل السنة" يقولون إن العصمة انتهت بوفاة النبي ﷺ وإن هناك معصوما واحدا هو النبي ﷺ وإن ولاية الأمة على نفسها بدأت بعد وفاة النبي ﷺ وهذا هو الفرق بين الشيعة والسنة والآن أصبح الجميع يعترفون بولاية الأمة، لأن الأمة استعادت ولايتها على نفسها . وقال: "إن الله وفقه لهذه الأطروحة (ولاية الأمة على نفسها) وهو كشف فقهي لم يسبقه إليه أحد من العلماء" وأن الأدلة التي استند إليها مبسوطة في كتابه بعنوان "نظام الحكم والإدارة في الإسلام وكتابه الاجتماع السياسي الإسلامي" وإن كنا قد رجعنا فيما نقلناه عنه إلى تصريحات ألقاها في صورة إجابات عن أسئلة لتضمينها كتابا له عنوانه الفقيه والدولة بتاريخ ١٣ من أغسطس عام ١٩٩٧م أهداها لنا بعد اطلاعه على كتابنا "وحدة الفقه الإسلامي في فقه الحكومة الإسلامية" وظاهر أنه يؤيد ما ذهبنا إليه من اتفاق السنة والشيعة على مبدإ الشورى والالتزام بها، بعد أن كان الشيعة يستبعدونها في عهد الأئمة المعصومين من آل البيت كما أوضحناه في رأينا المعارض لما قاله السيد الصدر في تعليقه رقم (١٥) على البند ٢٧ -.

وظاهر أنه بهذا الرأي يصحح مفهوم ولاية الفقيه بأنه إنما يستمدها من ولاية الأمة على نفسها، وأنه لا يستبعد ما قلناه من عدم اشتراط صفة (الفقيه) فيمن تختاره الأمة ليمارس السلطة باسمها ونيابة عنها وتفويض منها ...

الصدر ... تعليق "رقم -٣١-" يلزم الإمام المعصوم بإدارة شؤون الأمة بأمر من الله ﷻ أما من يقوم مقامه حال عدم وجوده أو غيبته واحدا كان أو جماعة فإنما يلزم بالقيام بالواجبات التي تلزمه الأمة بها.

الشاوي ... رأينا في "تعليق -٣١-" نلاحظ أن علماء الفقه الشيعي بقدر ما يضيقون في حقوق الأمة في حالة وجود الأئمة المعصومين من آل البيت "الاثنى عشر" فإنهم يوسعون في حقوقها في حالة عدم وجود هؤلاء الأئمة، وهذا تطبيق كامل وصحيح لنظرية الشورى كأساس للولاية.

ومن حسن الحظ أن هذا هو الوضع الحاضر في العالم الشيعي كما هو في عالم السنة نظريا على الأقل، ومن هنا جاء ما توصلنا إليه من وحدة الفقه الإسلامي حاليا فيما يتعلق بالحكومة الإسلامية، ونتوقع أن يستمر وقتا طويلا في المستقبل .

الصدر ... تعليق"رقم -٣٢-" إذا كان إماما منصوبا من قبل الله ﷻ أو كانت الأمة قد أعطته هذه الصلاحيات الواسعة ... =

---

(١) حدد صاحب الأحكام السلطانية واجبات الإمام بأنها حفظ الدين وتوفير الأمن والنظام وإقامة الحدود وتنفيذ الأحكام وحفظ الثغور والجهاد والإشراف على الأموال العامة في جبايتها وإنفاقها، والإشراف على الموظفين العموميين الذين يتولون كل هذه المهام.

〈عوده〉 في حدود ما أنزل الله على رسوله. وفي مقابل التزام "الإمام" للأمة بهذا الالتزام تلتزم له الأمة على لسان "ممثليها" الذين اختاروه "إماما"-٣٣- أن تسمع له وتطيع أمره مـــا لم يتغير حاله فيصبح فاسقا أو يعجز عن مباشرة عمله[1] فإذا تغير حاله انعزل بفسقه أو عجزه-٣٤-..

= [الشاوى] ... رأيـــنا في " تعـــليق -٣٢-" التحفظ الذي أشار له السيد "الصدر" ضروري، ونحن نؤيـــده في أن الإمام أو الرئيس المنتخب ليس له من الصلاحيات إلا ما تمنحه له الجماعة التي اختارته والتي يتضمنها ما نسميه الآن بالدستور ...

ونأسف لأن فقيهنا في "الصلب" لم يهتم بتوضيح ذلك، واكتفى بصيغة عامة تفتح الباب لمن يريدون القول بأن الرئيس أو الإمام يتمتع بجميع الاختصاصات دون حدود ولا شروط. وكان يجب أن يشار إلى أن الأمة وحدها هى التي لها الحق في تحديد اختصاصاته بمقتضى دستورها الذي تقره بكامل حريتها.

[الصدر] ... تعـــليق "رقم -٣٣-" الإمام المعصوم يختاره الله ﷻ وأما من يقوم مقامه حال عدم وجـــوده أو غيبته فإنما يعود كيفية اختياره إلى الأمة، فإن شاءت أن تنتخبه انتخابا مباشرا فإن لهـــا ذلك، وإن شاءت أن تنتخبه بواسطة جماعة تنتخبها الأمة لتكون ممثلة لها وتنوب عنها في انتخاب رئيس الدولة الإسلامية فإن لها ذلك ...

[الشاوى] .. رأينا في "تعليق رقم ٣٣-" أن هذا التعليق يؤكد ماقلناه بشأن تعليقه رقم-٣٢- فيما سبق.

[الصدر] ... تعـــليق "رقم -٣٤-" لا يعقل الفسق في الإمام المنصوب من قبل الله ﷻ ولا ينعزل عـــن إمامته وكذلك العجز، فإن منعه عارض من مرض وشبهه من إدارة "الحكومة الإسلامية" بنفسه فهو قادر على إدارتها بواسطة من يعينه من قبله ممن ينوب عنه في إدارتها ...

أمـــا رئيس الدولة الإسلامية المنتخب من قبل الأمة، فلما كان يشترط فيه القدرة والعدالة فمن البديهي سقوطه عن مقامه إذا فقد أحدهما ...

[الشاوى] ... رأيـــنا في "التعليق رقم -٣٤-" الفقرة الأولى : تغالى في إطلاق سلطة الأئمة من آل الـــبيت الاثـــنى عشر حتى إنه يقول إنه لا ينعزل في حالة عجزه عن الإمامة بحجة أنه عليه أن يديرها بواسطة من يعينه لينوب عنه ...

ونحـــن نـــرد على ذلك بأن من يعجز عن مباشرة الولاية بنفسه لاشك أنه يعجز أيضا عن حسن اختيار الشخص الذي يعينه لينوب عنه، ولابد أن يكون محل شك في ملاءمته وصلاحيته.

الفقـــرة الثانية : أما رئيس الدولة المنتخب من قبل الأمة فهو كما قلنا يطبق مبدأ الشورى كاملا صحيحا، وهذا هو ما نؤيده سواء في فقه السنة أو فقه الشيعة في الوقت الحاضر، وحبذا لو اقتدى به في ذلك بعض كتاب السنة ...

---

(١) نفس المرجع صفحة (١٢ : ١٧).

(عوده) فســـلطة "الإمام" أي "الحاكم" في الشريعة ليست مطلقة، وليس له أن يفعل مـــا يشـــاء، و"يدع" ما يشاء، وإنما هو "فرد" من الأمة اختير لقيادتها،-٣٥-وعليه للأمة التزامات وله لى الأمة حقوق،وله من السلطة ما يستطيع أن يؤدي به التزاماته ويستوفي به حقوقه ...

وهـــو في أداء واجـــباته واســـتيفاء حقوقه مقيد بأن لا يخرج على نصوص الشريعة أو روحهـــا ، وذلـــك طبقا لقوله ﷻ : ﴿ وأن احكم بينهم بما أنزل الله ﴾ [المائدة : ٤٩]. وقوـــله ﷻ:﴿ثم جعلـــناك على شريعة من الأمر فاتبعها ولا تتبع أهواء الذين لا يعلمون﴾ [الجاثية:١٨] وقوله ﷻ: ﴿ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون﴾ [المائدة:٤٤]. وإذا كان الإمام أي الحاكم مقيدا بأن يتبع الشريعة وأن يحكم طبقا لنصوصها، فمعنى ذلك أن ســـلطته مقيـــدة بنصوص الشريعة فما أباحته له فقد امتد سلطانه إليه، وما حرمت عليه فـــلا ســـلطان له عليه والشريعة لا تبيح للحاكم إلا ما تبيحه لكل فرد ولا تحرم عليه إلا ما حرمته على كل فرد..

المبدأ الثاني ... مسئولية الحاكم عن عدوانه وأخطائه ...

وبعد أن بينت الشريعة واجبات الإمام أي الحاكم وحقوقه وحددت سلطته على الوجـــه الســـابق جعلته مسئولا عن كل عمل يتجاوز به سلطاته سواء أتعمد هذا العمل أم وقع العمل نتيجة إهماله-٣٦-، ولم تكن الشريعة في تقرير مسئولية الحكام

(الصدر) ... تعليق "رقم -٣٥-" سواء أكان المختار له هو الله ﷻ إذا كان الحاكم هو أحد الأئمة "الاثنى عشر"، أم كان المختار له الأمة الإسلامية إن كان هو رئيس الدولة الإسلامية في ظرف عدم وجود الإمام المعصوم المنصوب من الله ﷻ وأيام غيبته ...

(الشاوى) ... رأينا في "تعليق -٣٥-" أن هذا تكرار لما أبدينا "رأينا" فيه، في "البنود" السابقة وما قبلها ... ويسرنا أنه سوى بين الإمام الذى يصفه بأن الله قد اختاره والإمام الذى اختارته الأمة. وهذه أول مرة يسوى فيها بينهما. وقد سبق أن أشرنا إلى أن القول بأن الأئمة من "آل البيت" كان اختيارهم بأمر الله ﷻ لا يوافق عليه أهل السنة "وهم الأغلبية"، ومن حسن الحظ أنه لا ينطبق في العصر الحاضر منذ بدأت "الغيبة" ...

(الصدر) ... تعليق "رقم -٣٦-" لا يعقل للإمام المعصوم أن يتعمد تجاوز سلطاته أو يهمل بعض ما يجب عليه القيام به، نعم هذا ممكن في رئيس الدولة الذي يقوم مقام الإمام حال عدم وجوده أو غيبته..

(الشاوى) ... رأينا في "تعليق ٣٦" هذه التعليقات مكررة، وقد سبق أن بينا أن التفرقة بين الأئمة المعصومين وغيرهم غير موجودة في فقه السنة، ولا نرى لها أهمية منذ اختفاء الإمام الثاني عشر... ويؤسفنا أنه عاد ليذكرنا بعصمة الأئمة الاثنى عشر ...

عوده عن تصرفاهم إلا متمشية مع منطق الأشياء فقد بينت للحاكم حقه وواجبه وألزمـــته بأن لا يخرج عن أحكام الشريعة، وجعلته كأي فرد عادي فلم تميزه على غـــيره بأي ميزة، فكان من الطبيعي تحقيقا للعدالة والمساواة واستجابة للمنطق أن يســـأل الحـــاكم عن كل عمل مخالف للشريعة سواء أتعمد هذا العمل أم وقع منه نتيجة إهماله مادام كل فرد يسأل كذلك عن أعماله المخالفة للشريعة[1] ...

المبدأ الثالث ... تخويل الأمة حق عزل الحكام :

بينا فيما سبق أن الإمامة -٣٧- تنعقد بناء على عقد يختار فيه الشعب الإمام أي الحـــاكم ويلـــتزم له بالطاعة في مقابل التزام الحاكم -٣٨- بالإشراف على شئون الأمـــة -٣٩- وقيادتها في الطريق التي رسمتها الشريعة. وينبني على هذا المنطق أن الحـــاكم الـــذي يقـــوم بمهمته في الحدود المقررة لها يجب له على الشعب السمع والطاعـــة، أما الحاكم الذي لا يقوم بالتزاماته أو يخرج على حدودها فليس له أن

الصدر ... تعليق "رقم -٣٧-" بمعنى رئاسة الدولة الإسلامية في ظرف عدم وجود نبي ولا إمام معصوم منصوب من الله ﷻ ...

الشاوى ... رأينا فى تعليق "رقم -٣٧-" يراجع التعليق السابق ...

الصدر ... تعليق "رقم -٣٨-" فردا كان أو هيئة مكونة من جماعة ...

الشاوى ... رأينا في تعليق "رقم -٣٨-" هذا التعليق يشير إلى ما يسمى في العصر الحديث بالقيادة الجماعية عندما يتولى الأمر مجلس رئاسى، وقد أشار دستور الجمهورية الإيرانية إلى عدة مجالس نذكر منها "مجلس الدفاع عن الدستور+ مجلس الخبراء+ ..." ...

ويمكن أن يطبق هذا على المجلس النيابي ذاته، فمن حق الأمة أن تصدر قرارا بحله قبل انتهاء فترة ولايته.

الصدر ... تعليق "رقم -٣٩-" بل بالقيام بالصلاحيات التي أعطتها له الأمة ...

الشاوى ... رأينا في تعليق "رقم -٣٩-" يراجع رأينا بالنسبة للتعليق (٣١) و(٣٢) فيما سبق ... ويسرنا أنه حرص على إضافة ما يفيد أن تجاوز حدود الصلاحيات التي فوضتها له الأمة في دستورها يُعَدّ تجاوزا لصلاحياته الشرعية ... وحبذا لو تنبه لذلك فقهاء السنة، ومنهم فقيهنا ..

---

(١) سنفصل الكلام على مسولية الحكام عندما نبحث فى سريان الشرعية على الأشخاص، وإنما تكلمنا هنا عن المسئولية بالقدر الذى يظهر مميزات الشريعة وسبقها فى تقرير النظريات فى القوانين ....

﴿عوده﴾ ينـــتظر من الشعب-٤٠- السمع والطاعة، وعليه هو أن يتنحى عن مركزه لمـــن هو أقدر منه على الحكم في حدود ما أنزل الله، فإن لم يتنح مختارا نحاه الشعب مكرها واختار غيره ...

وهذا الذي يقتضيه المنطق هو نفس حكم الشريعة الصريح، جاء به القرآن وأمر به الرسول، وعمل به "الخلفاء الراشدون" من بعده-٤١- فالله ﷻ يأمر بطاعة أولى الأمر في حـــدود ما جاء به الرسول فيقول: ﴿يأيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمـــر منكم فإن تنازعتم في شيء فردوه إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليـــوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلا﴾ [النساء:٥٩].-٤٢- والرسول ﷺ يقول :

الصدر ... تعـــليق "رقم -٤٠- " لأنه بعدم قيامه بالتزاماته يصبح خائنا، ولا يجب إطاعة أمر الخائن ولا امتثال أحكامه ...

الشاوى ... رأينا في تعليق "رقم -٤٠-" الحالة التي أشار إليها فقيهنا في الصلب تُسمى في الفقه الدستوري الحديث بتجاوز السلطة أو إساءة استعمالها ...

وتعليق السيد الصدر يؤيد ما قاله فقيهنا من أن ذلك التجاوز يجيز للأمة إنهاء ولاية من اختارته للولاية إذا انحرف بتجاوز السلطة أو إساءة استعمالها. ولا شك فى أن لها هذا الحق من باب أولى، إذا لم تكن هى التى اختارته، وإنما فرض سلطتها بالقوة والغش، خصوصا وأن السيد الصدر وصف حالته بأنها خيانة وليست مجرد خطإ أو انحراف ..

الصدر ... تعليق "رقم-٤١-" لا يعتمد فقهاء المذهب الجعفري إلا على من ثبتت عصمته ولم تثبت عصمة أحد من الخلفاء إلا أمير المؤمنين على (ع) ولم يدَّع أحد من المسلمين العصمة لغيره من الخلفاء الراشدين ...

الشاوى ... رأينا فى "تعليق -٤١-" مرة أخرى يشير السيد الصدر إلى اعتقاد الشيعة بعصمة الإمام علي وحده ... ولا دليل على ذلك - في نظرى - عند فقهاء السنة وعلمائها. كما أن عدم اعترافهم للخلفاء الراشدين جميعا بالعصمة توجبه أصول شريعتنا ومبادئها العامة .

الصدر ... تعـــليق "رقم -٤٢- " الآية المباركة لا دلالة فيها على ما يدعيه المصنف لأنها تأمر المؤمـــنين أولا بإطاعة الله ورسوله وأولي الأمر، ثم تأمر بإرجاع ما يتنازع فيه إلى الله والرسول، فأين دلالتها على تقييد إطاعة أولي الأمر في حدود ما جاء به الرسول؟ ...

الشاوى ... رأينا في "تعليق -٤٢-" ما قاله السيد الصدر يناقض ما قاله في التعليق رقم (٤٠) وما قبله ولذلك فإننا لا نقره ...

(عوده) "لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق" ويقول : "إنما الطاعة في المعروف" ويقول في ولاة الأمور: "من أمركم منهم بمعصية فلا سمع له ولا طاعة" ...

وبعـــد مـــوت الرسول اختار المسلمون أبا بكر خليفة عليهم-٤٣- فكانت أول خطبة يقولها تطبيقا دقيقا لهذه النصوص-٤٤- حيث قال: "أيها الناس قد وليت عليكم

(الصدر) ... تعليق "رقم -٤٣- " لم يختر المسلمون أبا بكر، وإنما اختارته جماعة من أهل المدينة وامتنع عن بيعته "بنو هاشم" و"سعد بن عبادة" وجماعة من المهاجرين والأنصار، أما بقية البلاد الإسلامية فلم يؤخذ رأيها في الخلافة أصلا ...

(الشاوى) ... رأينا في "تعليق -٤٣-" لا نريد مجاراة السيد الصدر في مناقشة رأيه الذي يدور حول عدم وجود إجماع على ولاية الخليفة الأول "أبي بكر"، لأننا قلنا إن اختيار الحاكم يكفي فيه الأغلبية. وكان عليه أن يقول إن الجماعة التي اختارت أبا بكر هم الأغلبية، وإن كل من ذكرهم لاشك هم أقلية بجانب الصحابة وأهل المدينة الذين بايعوا أبا بكر... وإن الالتزام بالشورى معناه التزام الأقلية بما تراه الأغلبية ...

نرجو من السيد الصدر أن يراجع كتاب "معاوية" لسيدنا "علي" ليجد أنه يبني اعتراضه على صحة خلافة الإمام "عليّ" على الزعم بعدم وجود إجماع على ذلك، لأنه هو وأهل الشام لم يبايعوه ... وأن تشكيك السيد الصدر في صحة ولاية أبي بكر مثل تشكيك معاوية في صحة خلافة سيدنا علي، فكيف أجاز ذلك لنفسه ؟!

ومع ذلك فإن هذه مسائل تاريخية لا محل لمناقشتها في هذا المجال ...

(الصدر) ... تعليق "رقم -٤٤-" إن فقهاء المذهب الجعفري لم يعتمدوا إلا كلام من ثبتت عصمته عندهم، ولم يثبت عندهم ولا عند غيرهم من المسلمين عصمة أحد من الخلفاء إلا أمير المؤمنين "علي"(ع) (عند الشيعة)، فلا يصح الاستشهاد بأقوال غيره من الصحابة ولا بأفعالهم (عند الجعفرية).

(الشاوى) ... رأينا في "التعليق-٤٤-" ذكرنا في مناسبات متعددة أن موضوع العصمة لآل البيت لا يوافق عليه أهل السنة وهم الأغلبية، كما أن ما يدعيه السيد الصدر من أن الشيعة لا يوافقون على الاستشهاد بأقوال الصحابة غير سيدنا "علي" فيه غلو؛ لأنهم يستشهدون بكل ما ورد في كتب علمائهم من آراء واجتهادات، وهي ليست أحق بالتقدير مما ينسب إلى الصحابة، وقد قلنا إن آراء الصحابة "بما فيها آراء سيدنا علي" هي اجتهادات وليست في مرتبة الكتاب والسنة، ولكن لا يجوز أن ننكر عليها قيمتها من هذه الجهة بحسبانها اجتهادات أئمة لهم قدرهم واحترامهم.

<عوده> ولست بخيركم، إن أحسنت فأعينوني وإن أسأت فقوموني. أطيعوني ما أطعت الله ورسوله فإن عصيت الله ورسوله فلا طاعة لي عليكم" ...

وولي "عمر" المسلمين بعد "أبي بكر" فكان حريصا على إظهار معاني هذه النصوص وتثبيتها في الأذهان، خطب يوما فقال : "لوددت أني وإياكم في سفينة في لجة البحر تذهب بنا شرقا وغربا فلن يعجز الناس أن يولوا رجلا منهم، فإن استقام اتبعوه وإن جنف قتلوه". فقال "طلحة" : "وما عليك لو قلت وإن تعوج عزلوه". قال : "لا، القتل أنكل لمن بعده" ...

هذه هي نظرية الشريعة جاءت بها في وقت كانت فيه سلطة الحاكمين على المحكومين سلطة مطلقة، فلم تكن الشريعة حين قررت هذه النظرية تأتي بما يلائم الجماعة ويصلح لحالها، وإنما جاءت بالنظرية لأنها ضرورية للشريعة الكاملة الدائمة من ناحية، ولترفع بها مستوى الجماعة وتدفعهم نحو الرقي من ناحية أخرى فالنظرية إذن شرعت للتكميل والتوجيه ... وهذه هي النصوص التي تقوم عليها النظرية، جاءت عامة إلى آخر حدود العموم، مرنة إلى آخر حدود المرونة بحيث تنطبق في كل زمان ومكان ولا تضيق بما يمكن أن يستجد من حالات ...

وقد سبقت الشريعة الإسلامية بنظريتها كل القوانين الوضعية في تقييد سلطة الحكام، وتعيين الأساس الذي تقوم عليه علاقة الحاكمين بالمحكومين، وفي تقرير سلطان الأمة على الحكام وأول قانون وضعي اعترف بعد الشريعة بسلطان الأمة على الحكام هو القانون الإنجليزي، وكان ذلك في القرن السابع عشر الميلادى، أي بعد أن قررت الشريعة نظريتها بأحد عشر قرنا، ثم جاءت الثورة الفرنسية في نهاية القرن الثامن عشر وعلى أثرها انتشر هذا المبدأ في القوانين الوضعية ...

وتسير القوانين الوضعية في تقرير النظرية على هدى الشريعة الإسلامية، فتجعل الحد بين الحاكمين والمحكومين الدستور الوضعي الذي يبين حقوق الأفراد والجماعات والحكام، ومدى سلطان كل، كما جعلت النظرية الشرعية الحد بين "الحاكمين والمحكومين" نصوص "الشريعة" وهى الدستور الإسلامي ...

= ولا يجوز الاستناد إلى عدم اعتراف أهل السنة بعصمة أبي بكر لإنكار أهمية المبادئ الأساسية التي تضمنها خطابه، خصوصا أنها تطبيق صريح للمبادئ الإسلامية ولا نعتقد أن الشيعة يجادلون في صحتها ولا في أهميتها ...

28 - نظرية الولاية التعاقدية أو حق الأمة فى تعيين الحكام وتقييد سلطتهم ومحاسبتهم وعزلهم عند الاقتضاء :

هـــى مـــتفرعة من نظرية الشورى، وكلتاهما أساس لتقييد سلطة الحكام : لأن مقتضى نظرية الشورى أن أمر الجماعة تقرره بالشورى، بما فى ذلك اختيار من يتولى أمـــرا من أمورها وتفوضه لذلك، فهو نائب عنها وممثل لها، ومقتضى هذه النيابة أن يكـــون مســـئولا أمامها أو أمام من تختارهم لمحاسبته ومساءلته، فولاية أمور الجماعة مســـئولية من تختاره الأغلبية ويلتزم بما تقرره الشريعة والجماعة من حدود لسلطته ويخضع للمراقبة والمحاسبة من الأمة أو من يمثلونها.

فضـــلا عن ذلك فإن قرار التفويض"الذى يوصف بأنه بيعة"له طبيعة تعاقدية[1]. ومقتضى ذلك أن لكلا الطرفين أن يضمن هذا العقد ما يراه من قيود وشروط يلتزم بهـــا الطـــرف الآخر وأول هذه القيود ما قررته الشريعة مما يستمد من طبيعة المهمة موضـــوع التعاقد. فأولياء الأمور التنفيذية لايجوز لهم أن يتجاوزوا حدودها، وليس لهم أن يتدخلوا فى شئون التشريع والقضاء لأنهم يحاسبون بمقتضى الشريعة ويخضعون لأحكامهـــا، وليس من المقبول أن يكون لهم تغيير المبادئ أو الأحكام التشريعية أو القضـــائية أو القـــرارات الشورية الصادرة من الجماعة التى أوكل لها الشرع مهمة اختيارهم ومحاسبتهم ومساءلتهم .

إن نظـــرية "البيعة الحرة" أساسها أن الولاية عقد، وتعنى الالتزام بمبدإ المسئولية والمحاســـبة والقيود التى يلتزم بها من يمارسون السلطة التنفيذية باسم الجماعة ونيابة عـــنها وبـــتفويض مـــنها، ولذلك فإن "نظرية الولاية التعاقدية" هى أساس القيود والمساءلة والرقابة على من يمارسون السلطة كما هو واضح فى الأصل بكل تفصيل.

مـــن أهم ما يؤكده فقيهنا هو أن الشريعة هى الدستور الإسلامى الذى يلتزم الحكام وولاة الأمـــور به[2] ويساءلون بمقتضاه ؛ ولذلك فإن المطالبة بتطبيق الشريعة أصبحت مطلبا شعبيا؛ لأن أول مبدإ دستورى فيها هو مساءلة الحكام ومحاسبتهم وتقييد سلطتهم.

---

(1) يراجع كتابنا فقه الشورى والاستشارة البند (62) بعنوان: "الأساس التعاقدى لحكومة الشورى".

(2) بما فى ذلك من يتولون ما يسمونه الآن السلطة الدستورية و"سلطة التشريع "،فهم أول من يلتزم بأن تكون الشريعة هى مصدر ما يضعونه من دساتير أو تقنينات شرعية حتى لا تتحول إلى "قوانين وضعية".

شرعية السلطة تقوم على حرية الشورى وسيادة الشريعة :

إن شريعتنا جعلت الزواج تعاقدا مدنيا تنشأ عنه التزامات متبادلة على كلا الطرفين، وكذلــك جعلت ولاية السلطة العامة فى المجتمع تعاقدا له أحكامه وشروطه التى تتناسب مع موضوعه بحسبانه عقدا من عقود القانون العام كما يقال فى عصرنا الحاضر. ويترتب عــلى ذلك أن كلا الطرفين له أن يدخل فى هذا التعاقد شروطا إذا قبلها الطرف الآخر صارت ملزمة له ومحددة لسلطانه، وهذا هو أساس الالتزام بالدستور فى عصرنا الحاضر، لأنــه يبين الشروط التى تضعها الأمة ليلتزم بها من تختاره لولاية السلطة العامة؛ ولذلك تســير جميــع النظم العصرية على أن يقسم رئيس الدولة، وكل من يتولى السلطة العامة عــلى الالــتزام بأحكام الدستور، فهو فى شريعتنا ليس إلا قائمة بشروط عقد "الولاية العامة" أو "البيعة" الحرة الاختيارية السابقة على توليه السلطة .

وقد أشار إلى أن الشريعة وضعت ثلاثة مبادئ كأساس لشرعية الحكم، وهى كلها نتيجة لنظرية "الولاية التعاقدية" (1) :

المبدأ الأول: وجود حدود وقيود لسلطة كل حاكم، وهى -فى نظرنا- نوعان، هما:

1 – ماتضعه الأمة فى دستورها الذى عددناه متضمنا شروط عقد الولاية أو عقد البيعة الحرة الذى يلتزم به من يختار للولاية وممارسة السلطة .

2 – أهــم القيــود هو تطبيق مبدإ سيادة الشريعة فى الحكم الإسلامى، وقد أشار له أبو بكر الصديق فى خطابه الدستورى يوم مبايعته بالولاية "الخلافة" عندما قال : "أطيعونى ما أطعت الله ورسوله،فإن عصيتهما فلاطاعة لى عليكم". ويقتضى هذا أن كل سلطة فى الدولــة لها حدود وقيود وأن أولها أن كل من يتولى السلطة يلتزم هو وجميع من يمارسون الســلطة بالمــبادئ الأساسية الواردة فى الكتاب والسنة دون حاجة للنص على ذلك فى الــبيعة أو فى الدســتور؛ لأن الشعوب المسلمة عندما تختار حاكما أو تضع نظام حكم تفترض أنه سيكون إسلاميا، وعندما ينص فى الدستور على أن دين الدولة الإسلام،تفهم الجمــاهير مــن ذلــك أن الإسلام هو الشريعة، والشريعة تلزم كل شخص سواء كان مســئولا أو غــير مسئول بمبادئ الكتاب والسنة. يؤكد ذلك أن العمل جرى على أن يذكر فى البيعة أنها تتم على كتاب الله وسنة رسوله، كما هو الحال فى عقود الزواج .

لذلك فإن النظم الانقلابية فى بعض دولنا كانت تحاول استبعاد النص علــى أن

---

(1) ص 42 من الأصل .

الدولـــة إســـلامية، وبعضها يقبله على أنه فقط لإرضاء الجماهير دون أن تلتزم به؛ وذلـــك لأن أول مـــا يرفضون الالتزام به هو مبدأ سيادة الأمة، أى حقها فى محاسبة حكامها وتغييرهم. والذين يريدون التنكر لسيادة الأمة يبدءون عادة بالتنكر لسيادة الشـــريعة ذاتهـــا، لأن حق الأمة فى اختيار من يتولون السلطة بكامل حريتها هو من أصول الشريعة، وقد عبر عنه "عمر بن الخطاب" بقوله المشهور:"من تولى الأمر بدون مشورة من المسلمين فاقتلوه"، كما قال فقيهنا فى الصلب .

المـــبدأ الثانى : هو مسئولية كل من يتولى السلطة عن أعماله أمام الأمة التى يعمل باسمها ولحسابها،حتى ولو كان مغتصبا للسلطة قد فرض ولايته بالقوة أو العصبية.

المـــبدأ الثالث : حق الأمة فى عزل حكامها إذا انحرفوا. أما القتل الذى أشار إليه عمر فيكون جائزا إذا لم يكن هناك وسيلة سلمية لهذا العزل .

كل هذه المبادئ تفرضها نظرية "الولاية التعاقدية". فلايجوز لأحد الاستيلاء على الســـلطة بانقلاب عسكرى فى جنح الليل، ولايجوز لحزب أن يحتكر السلطة ويجعل اخـــتيار الرؤساء أوالنواب من حقه وحده، بحجة أن الترشيح يكون بقرار من جهة سياســـية حزبية أو مفروضة على الأمة، وتحرم الأمة من حقها فى ترشيح غيره، لأن القيود على الترشيح هى قيود على حرية الانتخاب .

وحـــق الشعب فى اختيار الحاكم لاقيمة له إذا لم يكن له الحق فى محاسبته والرقابة عـــليه، وعـــلى من يعملون باسمه. وعادة تتولى هذه الرقابة مجالس أو هيئات يختارها الشـــعب بكـــامل الحرية. أما إذا كان الحكام يتدخلون فى إجراءات انتخابات هذه الهيئات ويتخذون إجراءات لتزويرها أو تزييفها، فإن هذا تنكر لحق الشعب فى مراقبة الحكـــام وهو حق ثابت له دائما، سواء كان هو الذى اختارهم أو فرضوا سلطانهم بالقوة والغلب والتهديد الذى قد يصل إلى حد حرمانه من الحق فى الإشراف عليهم ومساءلتهم، وكل هذا يُعَدّ اعتداء على سيادة الأمة وحقوقها الشرعية الثابتة، سواء مارســـتها بطريق مباشر أو بواسطة نواب لها الحق شرعا فى أن تختارهم لذلك بحرية كامـــلة وانـــتخابات حرة، وتجعلهم بذلك أهل الحل والعقد الذين يسمع لهم الناس ويطيعونهم لأنهم هم الذين اختاروهم .

لقـــد عبر فقيهنا عن نظرية "الولاية التعاقدية" بقوله : "إن الإمامة أو الخلافة كما يرى الفقهـــاء عقـــد لا ينعقد إلا بالرضا والاختيار". والمقصود طبعا هو الاختيار الحر، وقد دافـــع الأئمـــة جميعا عن مبدإ أن الإكراه بجميع صوره يبطل البيعة الاختيارية، وهى التعبير الشرعى عن عقد الولاية أو حرية اختيار من يتولى السلطة التنفيذية .

❁ التبعية للقوى الأجنبية المعادية تعادى الشريعة وتعادى حرية الشورى فى بلادنا لأنها تعلم مدى تمسك شعوبنا بمبادئ الشريعة – وخاصة منها وجوب الجهاد ضد من يحتلون أرضنا أو يفرضون نفوذهم على حكامنا :

ثم إنـــه حتى ولو كان الحاكم مغتصبا، واستولى على السلطة بالغلب والقوة كما حدث فى أغلب عصور تاريخنا ، فإنه يبقى ملتزما بالشريعة ، ولا يجوز له التنكر لها، أو القيـــام بمـــا يـــتعارض مع أحكامها،كما أن للأمة حق الإشراف عليه ومحاسبته وعـــزله"أى طرده"، ولو اقتضى ذلك المقاومة طبقا لمبدإ الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر، الذى هو مبدأ أساسى تميزت به شريعتنا عن غيرها من الشرائع .

دليل ذلك أن مغتصبى السلطة ومن فرضوا ولايتهم بالغلب وقوة الجيش والعصبية كـــانوا يلزمون الناس بما بعثهم، وكانت البيعة المفروضة دائما على كتاب الله وسنة رسوله، أى التزام الجميع أحكام الشريعة.

ومـــن المؤكـــد أن من كانوا يبايعون على هذا الأساس كان أول ما يهمهم استقامة الحكام والتزامهم بالشريعة أكثر مما يهتمون بنسب من يبايعونه أو كيفية وصوله للسلطة.

وتـــنكر الحكام للشريعة ليس كله على مستوى واحد.فهناك من يكتفى بتعطيل الشورى فى اختيار الحكام، لكنه يلتزم باستقلال الفقه والتشريع، واستقلال القضاء.. هذا هو ما حدث فى جميع عصور التاريخ الإسلامى .

أما فى عصرنا الحاضر فإن هناك نظما استبدادية قهرية لا تقف عند هذا الحد، بل تجاوزتـــه إلى إعلان عدم تطبيق الشريعة لا فى حرية البيعة فقط بل أيضا يعطلونها فى القوانـــين وفى القضـــاء، وهذه هى المشكلة القائمة بين كثير من شعوبنا وبين النظم الحاكمـــة الـــتى كثيرا ما يعتذر بعض المسئولين فيها عن ذلك بأن دولا كبرى وقوى أجنبية تفرض عليهم ذلك .

لقـــد استقر فى ذهن الأفراد والجماهير أن هناك ارتباطا بين التبعية لتوجيهات القوى الأجنبية والدول الكبرى، وبين التنكر للشريعة وإعلان تعطيلها، حتى أصبح عدم الالتزام بالشريعة من الشروط المعلنة لكل حاكم يطلب من الدول الأجنبية قروضا أو مساعدات أو حـــتى مجـــرد رضاء بعض الدول الكبرى والقوى العالمية، وما يسمونه النظام العالمى الخاضـــع لإرادتهـــا، وأصـــبحت بعض الدول الكبرى تعلن عداءها لأى حكومة ترفع شـــعارات إســـلامية أو تعلن حرصها على تطبيق الشريعة، ولو كان ذلك جزئيا أو على مـــراحل، و تَعُـــدُّ مجرد الإعلان عن ذلك تحديا لها وخروجا على طاعتها يبرر لها دعوة "الـــنظام العالمى" لكى يقاطعها، وتحريض الدول المجاورة لها على محاصرتها والاعتداء على حدودها ومساعدتهم مقابل ذلك بالمال والسلاح والخبراء والتأييد السياسى المعلن الصريح.

عوده ٢٩ ـ *نظرية الطلاق* ... أباحت الشريعة الإسلامية للرجل أن يطلق المرأة سواء دخل بها أم لم يدخل، ولو لم يقم دليل ظاهر على أن ضررا حدث للرجل من الزواج فالأمر في تطليق المرأة متروك للرجل ...

وأباحت الشريعة للمرأة أن تطلب من القضاء أن يطلقها على الزوج إذا أثبتت أنه يضارها-٤٥- ضررا ماديا أو أدبيّا، أو لا يؤدي لها ما توجبه الشريعة على الزوج من حقوق للزوجة-٤٦- ...

وأساس الفرق بين الرجل والمرأة في استعمال حق الطلاق، أن للرجل حق القوامة والرئاسة فيما يتعلق بشئون الزوجية[1] وهو الذي يتحمل وحده أعباءها المالية، فهو ملزم بمهر الزوجة ونفقات الزواج، وملزم بالإنفاق على الزوجة من يوم العقد، ولو لم تنتقل إلى بيته، وملزم بالإنفاق عليها وعلى أولادها منه، فأعطي له حق الطلاق مطلقا من كل قيد في مقابل هذه المسئوليات الجسيمة. وفي هذا مصلحة للمرأة من وجه آخر؛ لأن إلزام الرجل ببيان أسباب الطلاق قد يؤدي إلى تلويث سمعة المرأة، وحرمانها من الزواج بعد ذلك. أما المرأة فأعطى لها حق الطلاق مقيدا بحصول ضرر مادي أو أدبي، -٤٧- وفي هذا ما يتفق مع تقديم الرجل عليها درجة في شئون الزوجية، وما يحميها حماية كافية من تعنت الزوج، وما يحمي الزوج في الوقت نفسه من أن تسيء الزوجة استعمال حقها في طلب الطلاق...

الصدر ... تعليق "-٤٥-" حتى تصبح الزوجية ضررية عليها، أو يصبح تحملها حرجيا وشاقا عليها.

الشاوي ... رأينا في "تعليق -٤٥-" هذا التعليق مثل أغلب تعليقاته على موضوعات الزوجية والأسرة، تؤيد في عمومها آراء فقيهنا، لكننا سنلاحظ أن فيها إنصافا أكثر ومراعاة أكثر لحقوق المرأة، وهو اتجاه محمود فى فقه الشيعة، نحن في أشد الحاجة إليه ...

الصدر ... تعليق "-٤٦-" فيخيره الحاكم بين الطلاق والإنفاق، فإن امتنع عنهما طلق الحاكم زوجته. وأما من قصر في بقية الحقوق ولم يمكن للحاكم إلزامه بها، فإن أمكنها الصبر وجب عليها أن تصبر، وإن كان الصبر مضرّا لها وشاقّا عليها مشقة تبلغ الحرج فيطلقها الحاكم أيضا.

الشاوي ... رأينا في "تعليق -٤٦-" هذا التعليق يؤيد ما قلناه فيما سبق؛ لأنه يعطي للقاضي الحق في إنصاف الزوجة بتطليقها إذا وجد أن تعنت الزوج فيه ضرر لها ...

الصدر ... تعليق "-٤٧-" : على التفصيل الذي مر علينا قريبا ...

الشاوي ... رأينا فى "تعليق -٤٧-" : يراجع رأينا في التعليق - ٤٦ - ...

---

(١) راجع الفقرة رقم (٢٢) ...

عوده وإذا كانت الشريعة قد أعطت الرجل حقَّ الطلاق مطلقا-٤٨- من كل
فإنها قد فرضت عليه في مقابل ذلك واجبات قصد منها حماية الزوجة وحفظ مصلحته
والطلاق إما أن يكون قبل الدخول، وقبل فرض مهر للزوجة، وإما أن يكون
الدخول وبعد فرض مهر للزوجة، وإما أن يكون بعد الدخول، وفي كل حالة من
الحالات ألزمت الشريعة الرجل بالتزامات مالية لا مفر منها عليه أن يؤديها للم
وهـذه الالـتزامات تعتبر من ناحية تعويضا للمرأة، كما أنها من ناحية أخرى تـ
الرجل على أن يفكر كثيرا قبل استعمال حق الطلاق ...

الطلاق قبل الدخول وفرض المهر ... إذا طلق الرجل المرأة قبل أن يدخل بـ
يفـرض لهـا مهرا فعليه أن يمتعها أي يعوضها عن الطلاق بما يقتضيه العرف، أي
تعارف أمثال الزوج ومن هم في طبقته على أدائه للمرأة في مثل هذه الحالة. والمقـ
بالأمـثال أن يكونـوا مثله من الناحية المالية وذلك قوله ﷻ:﴿لا جناح عليكـ
طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن على الموسع قدره و
المقتر قدره متاعا بالمعروف حقا على المحسنين﴾ [البقرة:٢٣٦] ...

الطـلاق قبل الدخول وبعد فرض المهر... وإذا طلق الرجل زوجته قبل الدخـ
وبعـد فرض المهر فهو ملزم بأن يدفع لها نصف المهر تعويضا عن الطلاق طبقا لـ
ﷻ:﴿وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فر
إلا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح﴾ [البقرة:٢٣٧] ...

الطلاق بعد الدخول ... أما إذا طلق الرجل المرأة بعد الدخول فهو ملزم لها
المهر ولو كان أكثره غير حال،-٤٩- وعليه أن يسلمها كل ما قدمه لها بمناسبة الز

الصدر ... تعـليق "رقـم -٤٨-" بمعنى أنها لم تحرمه عليه، ولكنه قد نهى عنه بالنهي الكر
الشديد، حتى ورد في بعض الأخبار أن الطلاق أبغض الحلال إلى الله، وأن الله ليكره مجلسا
فيه الطلاق. ومن البديهي أن المسلم لا يقدم على عمل يكرهه الله ﷻ ما لم يكن مضطرا إلى

الشاوي ... رأيـنا في "تعـليق -٤٨-" هذا التعليق يدل على اتجاه الفقه الشيعي إلى تقييد
الـزوج في الطلاق، ونتمنى أن تتجه مذاهب السنة إلى ذلك، ونفضل هذا الرأي على ما
من قول فقيهنا بأن هذا حق مطلق ...

الصدر ... تعليق "-٤٩-" اختلف فقهاء المذهب الجعفري في هذه المسألة، فذهب بعضهم إلى
المؤجـل يكون حالا بالطلاق وأنكر ذلك آخرون، والرأي الراجح عندنا هو الأول؛ لأن اشـ
تـأجيل بعـض المهر أو جميعه بحسب ارتكاز الزوجين إنما هو في ظرف بقاء الزوجية لا في ظـ
انقطاعها بطلاق أو بموت الزوج، فلا يجب على الزوجة انتظار الأجل المضروب للمطالبة ببقية المه

الشاوي .. رأينا في تعليق "-٤٩-" يسرنا أنه يؤيد رأي فقهاء السنة الذي أشار إليه فقيهنا في الصلب.

عوده أو ما ملكها إياه في حال الزوجية سواء كان ملزما به أم متفضلا به عليها، وذلك طبقا لقوله ﷻ:﴿وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا أتأخذونه بهتانا وإثما مبينا﴾ [النساء:٢٠] ...

وعلى الزوج بعد ذلك أن ينفق على الزوجة حتى تستوفي عدتها وتصبح بذلك أهلا للزواج من غيره. وتختلف عدة المطلقة بحسب ما إذا كانت حاملا أو غير حامل فإن كانت حاملا فعدتها أن تضع حملها طبقا لقوله ﷻ : ﴿وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن﴾ [سورة الطلاق:٤]. وإن لم تكن حاملا فعدتها أن تمر عليها ثلاثة قروء طبقا لقوله ﷻ : ﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾ [البقرة:٢٢٨]. والقرء هو الحيض على رأي والطهر من الحيض على رأي آخر-٥٠- ...

وأول ما يلاحظ على النصوص التي جاءت في الطلاق أنها نصوص مرنة وعامة إلى آخر حدود العموم والمرونة، ومن ثم كانت صالحة لكل عصر ولكل مصر، ولم تكن في حاجة إلى التعديل أو التبديل، ولقد أثبت ذلك الزمن نفسه حيث مر على هذه النصوص أكثر من ثلاثة عشر قرنا، وهي لا تزال على ما كانت عليه يوم نزولها من الجدة والصلاحية والسمو ...

وإذا كانت الشريعة الإسلامية قد قررت حق الطلاق للزوجين من ثلاثة عشر قرنا، وأحاطته بهذه الضمانات القوية العادلة، فإن العالم المتحضر لم يعرف هذا الحق، ولم يعترف به إلا في القرن العشرين، بل كان البعض يأخذون على الشريعة أنها جاءت

= ونحن مندهشون من أن يوجد في الجعفرية رأي يخالف ذلك رغم ما لاحظناه من اتجاههم إلى مزيد من الحماية للمرأة ...

الصدر ... تعليق رقم " ٥٠ " وهو الرأي الراجح عند فقهاء المذهب الجعفري واستندوا إلى أخبار معتبرة رواها علماؤهم، ويشهد لصحة ذلك من طرق إخواننا حفاظ أهل السنة والجماعة الخبر الذي يذكره "ابن رشد" في الجزء الثاني من كتابه بداية المجتهد ص (٩) عن النبي ﷺ أنه قال مرة: "فليراجعها حتى تحيض ثم تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم يطلقها إن شاء قبل أن يمسها، فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء" ...

الشاوي ..رأينا في تعليق ... رقم " ٥٠ " هنا أيضا نلاحظ أنه يعطي اعتبارا كبيرا لرأي فقهاء السنة والجماعة، ونحن نرجو أن يواصل ذلك فقهاء الشيعة وفقهاء السنة معا للتقريب بين المذاهب ...

(عوده) مقررة لحق الطلاق. ثم دار الزمن دورته وجاء عصر العلوم والرقي وتقدمت الأمـــم، وتفتحت العقول فرأى العلماء والمفكرون أن تقرير حق الطلاق نعمة على المـــتزوجين، وأنـــه الطريق الوحيد للخلاص من الزواج الفاشل، ومن سوء العشرة والآلام النفســـية، وأن الطـــلاق هو الذي يحقق سعادة الزوجين إذا فشل الزواج في تحقيقها، وأنه يحفظ الرجل والمرأة من التعرض للأخطاء ووساوس الشيطان-٥١- ...

ولا يكـــاد اليـــوم قانون وضعي من قوانين الأمم المتحضرة يخلو من النص على الطـــلاق والاعـــتراف به، ولكن هذه القوانين تختلف في مدى الأخذ بمبدإ الطلاق ، فالـــبعض يتوسع في تطبيق المبدإ، والبعض يضيق من الدائرة التي يطبق فيها، فالقانون الروســـي يـــبيح الطلاق للرجل والمرأة دون قيد ولا شرط، فهو يأخذ بالمبدإ الذي وضعته الشريعة للرجل ويطبقه على المرأة والرجل معا، وقوانين بعض الولايات التابعة لـــلولايات المـــتحدة الأمريكية تبيح للرجل والمرأة معا حق طلب الطلاق إذا أثبت الطالب أن الآخر يضاره ضررا ماديا أو أدبيا ، فهذه القوانين تأخذ بالمبدإ الذي قررته الشريعة حقا للمرأة وتطبقه على الرجل والمرأة معا ...

(الصدر) ... التعـــليق "رقم -٥١-" وهناك الشرائط التي قيد بها الشارع الطلاق من كونه أمام شـــاهدين عدلـــين كمـــا يدل على ذلك قوله ﷻ في سورة الطلاق(٢): ﴿فإذا بلغن أجلهن فأمســـكوهن بمعـــروف أو فارقوهن بمعروف وأشهدوا ذوي عدل منكم وأقيموا الشهادة لله ذلكـــم يوعـــظ به من كان يؤمن بالله واليوم الآخر ومن يتق الله يجعل له مخرجا﴾ ويشترط أن تكـــون في طهر غير مواقع فيه، وأن يكون الطلاق عن رضا واختيار ومنع الزوج من إخراج زوجته من البيت أثناء العدة وأباح له العود إليها متى شاء فإنه مع هذه الأحكام لو كان يمكن لهذه الزوجية أن تسعد الزوجين لما تم هذا الطلاق إذ لما وجد للزوج طهر لم يواقع فيه ولما بقي متجنـــبا عـــن زوجـــته حتى يجد الشهود العدول، ولما امتنع من الرجوع إليها وهي في عدتها. فاســـتكمال شرائط الطلاق وعدم رجوعه إليها في العدة دليل عدم إمكان الوئام بين الزوجين وعدم إمكان الزوجية السعيدة بينهما ...

(الشاوى) ... رأيـــنا في "تعليق -٥١-" يشير المعلق الشيعي الإمام الصدر إلى الشرائط التي قيد بها الشارع الطلاق (الصادر من الزوج) مثل كونه أمام شاهدين عدلين، وهو في نظرنا شرط معقول ويـــرجحه نص الآية الكريمة في سورة الطلاق: ﴿وأشهدوا ذوي عدل منكم ... ﴾. يضاف إلى ذلـــك مـــا قرره في تعليقه من منع الزوج من إخراج زوجته من البيت أثناء العدة ، وسنرى فيما بعـــد تعـــليقا على البند -٣١- فروقا أخرى بين فقه الشيعة والسنة بشأن شروط الزواج ويمتاز الشيعة بتقليل شروط صحة الزواج، لتسهيله وتقييد الطلاق بخلاف مذاهب السنة ...

<عوده> وأكثر القوانين الوضعية تبيح الطلاق بناء على طلب أحد الزوجين في حدود ضـــيقة ولأسباب معينة ، فهذه القوانين تطبق على الرجل والمرأة ما جعلته الشريعة حقا للمرأة، ولكنها تحدد أسباب الطلاق وتضيق من دائرتها ...

وهكذا بدأ العالم بعد ثلاثة عشر قرنا يعترف بنظرية الشريعة الإسلامية في الطلاق ويـــأخذ بهـــا ، وقد لا يمضي القرن العشرون حتى تتوسع القوانين الوضعية في إباحة الطلاق وتطبيق نظرية الشريعة بحذافيرها ...

ونستطيع أن نتبين مما سبق أن العالم لم يكن مهيأ لقبول نظرية الطلاق يوم نزلت بها الشـــريعة ، وأن وجـــود هذه النظرية في الشريعة اقتضته ضرورة تكميل الشريعة بما تحـــتاج إليه الشريعة الكاملة الدائمة من نظريات ، وقصد منه رفع مستوى الجماعة ودفعها نحو الرقي والكمال ...

❁ 29 – نظرية الزواج التعاقدى وإباحة الطلاق :

استحدثت الشريعة بناء الأسرة على أساس تعاقدى، وأصبح الزواج عندنا عقدا رضـائيا، ويسـرت إجراءاته توفيرا لأسباب العفة والانضباط فى العلاقات الجنسية لوقايـة المجـتمع من الانزلاق نحو التسيب فى ممارستها بدون زواج وتجعل الإنسان كالحيوان بحجة ما يسمونه "الحرية الجنسية" (التى تدعو لها النظم اللادينية والعلمانية العصرية). أما فى شريعتنا فإن الزواج هو أساس المجتمع، وقد وصفه القرآن بأنه ميثاق غليظ لإعطائه مزيدا من الاحترام[1] .

كانت الشرائع السابقة تغالى فى تقديس الزواج وتحيطه بمراسم وطقوس تجعله ارتباطا دينيا مقدسا لا فكاك منه إلا بالموت[2]، لكن شريعتنا جعلته ميثاقا يتم باتفاق إرادة طرفيه حـتى يكـون نجاحه أو فشله مسئوليتهما، وبذلك يكون استمراره واستقراره وقداسته بـأيدى الزوجين المتعاقدين لا قدرا مفروضا عليهما من كنيسة أو ما يماثلها. وككل عمل أو مشـروع إنسـانى لابد من توقع نسبة من النجاح، ونسبة من الفشل، لذلك أقرت شريعتنا ما يسميه شهيدنا نظرية الطلاق كنتيجة حتمية لنظرية الزواج التعاقدى الرضائى، الذى يمكن أن ينتهى بالطلاق سواء تم بقرار أحد الزوجين أو اتفاقهما أو قرار قضائى فى حالـة عـدم الاتفاق، ولكنه فى جميع الأحوال أبغض الحلال عند الله – وإنما أجازه عند الضـرورة فقط – لذلك فإننا لانقر وصفه الطلاق بأنه نظرية عامة، بل هو فى نظرنا مجرد حكـم استثنائى اقتضته الضرورة،وهو من نتائج نظرية "الزواج التعاقدى"، أو الرضائى. واعتـبار أن أسـاس الزواج ميثاق رضائى لايتعارض مع أنه يترتب عليه مراكز قانونية لجميـع أفـراد الأسرة – مثل عقد العمل أو غيره من العقود المهمة حيث تنظم الشريعة ماينشأ عنها من مراكز قانونية بأحكام آمرة لايجوز للطرفين الاتفاق على مايخالفها – وإن كان لهم إضافة شروط أخرى فى النطاق الذى حددته الشريعة.

---

[1] الآية 21 من سورة النساء.وقد ذكر الشيخ شلتوت أن وصف القرآن له بأنه ميثاق قصد به تمييزه عن العقود الأخرى (الإسلام عقيدة وشريعة ص : 147).

[2] بل وصلت بعض المجتمعات الهندوكية إلى حد القول بأن تشارك المرأة زوجها فى الموت وتلقى بنفسها حية مع جثته فى المحرقة – حتى لا تنفصل عنه بموته ولايفرق بينهما موت الزوج، أما موت الزوجة فلا يلزم زوجها بشئ ...

❁ عدم زواج المسلمة بغير مسلم ضمان لوحدة الأسرة :

ويلاحـــظ أن الكنائس المسيحية بدأت بتحريم الطلاق،ومازالت بعضها تصر على ذلك، وتجعل الزواج إجراء دينيا تقوم به الكنيسة، وله طبيعة كنسية مقدسة. وكثير من الدول الأجنبية تحاول الخروج من دائرة الزواج الكنسى وتسعى إلى جعله عقدا مدنيـــا يمكن إنهاؤه بالطلاق، وبعضهم يتباهون بهذا المبدإ ويعتبرونه عصريا ويدَّعون أنهـــم اكتشفوه وأنه من مستحدثات التقدم الأوربى الأمريكى، فى حين أن الشريعة سبقتهم لذلك بألف عام، فشرعت الطلاق وأحاطته بمجموعة من الأحكام والتدابير لعلاج مايترتب عليه من تفكيك الأسرة وتخفيف مساوئه وآثاره وعدم الإسراف فيه.

من المعروف فى فقهنا أن الزوجة لها الحق فى أن تشترط فى عقد الزواج أن يكون لها حق تطليق نفسها، وفى هذه الحالة يكون الطلاق من حق أى من الزوجين .

أفـــاض "القاضــــى عوده" فى مزايا نظرية الزواج التعاقدى التى فرضتها الشريعة وســـبقت بها دعاة المدنية الحديثة الذين ما زالوا حتى الآن يجاهدون لتحويل الزواج الدينى إلى عقد مدنى، وما يترتب على ذلك من إباحة الطلاق، ولاينجحون فى ذلك إلا بصعوبة وبعد كفاح مرير فى بعض المجتمعات "المتقدمة".

ومع ذلك، فمازالت طائفة من "النسائيين"[1] يهاجمون بعض أحكام الشريعة التى تحكـــم الأســـرة، دون أن يخطـــر ببالهم الاعتراف بالنقلة الخطيرة التى ميزتها عن الشرائع القديمة بتقرير مبدإ الزواج كعقد رضائى قابل للإنهاء بالطلاق.

شـــريعة الإسلام تميزت باعتبار الزواج عقدا رضائيا لايحتاج لصحته إلى أن يعقد أمام جهة رسمية دينية أو مدنية.

كـــل مـــا هنالك أن شريعتنا أوجبت أن يكون علنيا، ومذاهب السنة ترى أنه يكفى لهذه العلانية حضور شاهدين على الأقل. ويندب أن يضاف لذلك مظاهر من "الفـــرح" والابـــتهاج التى تناسب ظروف الزمان والمكان، ولكن التجاوز عن هذه المظاهـــر لايعيـــب العقد ولايبطله ولا يؤدى إلى الطعن فيه شرعا طالما أنه تم بحضور شاهدين؛ بل إن فقه المذهب الجعفرى لا يستلزم لصحة الزواج حضور شاهدين طالما أنه تم فى علانية حسبما تقرره ظروف كل مجتمع .

---

(1) تعبير أوربى يشير إلى من يرفعون شعار "تحرير المرأة".

❁ الزواج عقد رضائي لايحتاج إلى جهة رسمية حكومية أودينية :

المتفق عليه فى جميع مذاهب فقهنا أن شريعتنا حررت الزواج من الطقوس التى تفرضها بعض الشرائع السابقة التى ترى أن تدخل "الكنيسة" شرط لصحة الزواج "الدينى" لأن الله سبحانه وتعالى هو الذى يربط بين الزوجين والكنيسة هى بنت الله التى تمثله. ولاتبيح الكنيسة إنهاءه بالطلاق، لأن ما قرره الله من ارتباط بين الزوجين لايجوز لأحد أن يضع له حدا – ولكنهم اضطروا إلى إجازة مايسمونه الانفصال البدنى، مع بقاء الزوجية نظريا فقط. والقوانين الوضعية فى أوربا تتجه إلى تحرير الزواج من الطابع الدينى بحجة فصل الدين عن الدولة – أو العلمانية – وتسمى الزواج فى هذه الحالة زواجا "مدنيا". لكن هذه القوانين قد أوجبت أن يتم الزواج أمام جهة "مدنية" أى سلطة حكومية تمثلها الجهة التى تختلف من بلد إلى آخر. ولم تصل هذه القوانين الوضعية إلى ماوصلت إليه الشريعة من حسبان الزواج عقدا رضائيا، وهذا ما يتجاهله "العلمانيون" الذين يطالبوننا بالزواج "المدنى" مع أننا تجاوزنا هذه المرحلة منذ فجر الإسلام – وهم لن يصلوا إليه إذا أرادوا إلا بعد قرون طويلة.

لكن هؤلاء الذين يتغنون بالمطالبة بالزواج المدنى فى بلادنا يقعون فى خطأين:

1 – أنهم ينسون أن الزواج المدنى فى التشريعات الوضعية ليس رضائيّا كما هو فى شريعتنا، بل يبقى الزواج عقدا رسميا أمام جهة حكومية معينة، فى حين أن شريعتنا قد حررته من هذا الشرط، فمطلبهم هذا يُعَدّ رجعيا بالنسبة لنا.

2 – أنهم يريدون من هذا الشعار إلغاء شروط موضوعية معينة يرى الفقه وجوبها، أساسها تضامن الأسرة ووحدتها ورئاسة الزوج لها والتزامه بالإنفاق عليها.

كما أنهم يهاجمون ما قررته شريعتنا من عدم زواج المسلمة بغير المسلم، ولا يعترفون بفضلها فى أنها أجازت زواج الرجل المسلم بامرأة غير مسلمة، ودون أن يردوا على الحجة التى تبرر منع المسلمة من الزواج بغير المسلم، وهى أن الأولاد سوف يتبعون ديانة الأب، وتصبح المرأة المسلمة مزرعة لإنتاج ذرية لا تعترف بالإسلام وتواجه واقعا لا تتحمله نفسيا، هو أن أولادها لا يعترفون برسولها ولا بديانتها، بل ربما تعلمهم ديانة زوجها أن محمدا (ﷺ) شيطان أو كذاب، وهو مالا تحتمله نفسيا، وفى ذلك ضرر عليها وعلى الأمة المسلمة التى تعد بناتها لكى ينجبن لها أجيالا جديدة تحمل الديانة الإسلامية الخاتمة التى تجمع كل الشرائع السماوية وتعترف بها. أما إذا تزوج مسلم بغير مسلمة فإن هذه الزوجة " غير المسلمة " لن تواجه مشكلة لأن أولادها المسلمين يعترفون بديانتها

التهجم علي أحكام شريعتنا لصالح القوى المعادية لنا :

وبرسولها عيسى أو موسى، بل يؤمنون بهما، بل ستجدهم "كمسلمين" يقولون سيدنا عيسى وسيدنا موسى عليه السلام، والسيدة مريم البتول العذراء. هذه هى الحقائق التى يجهلها هؤلاء ولايفكرون فيها.

النظم اللادينية التى فرضت على بعض الشعوب المسلمة تتباهى بأنها حررت نساءها المسلمات من هذا القيد الذى يمنع زواجها بغير مسلم والذى فرضته شريعتنا، ويسمون هذا الزواج غير الشرعى بين المسلمة وغير المسلم زواجا مدنيا. لكنهم لم يصلوا إلى عَدِّه عقدا رضائيا كما قررته شريعتنا،ويتجاهلون أن الإسلام هو أول شريعة أعطته هذه الصفة، وأن الزواج الشرعى الصحيح هو أول زواج رضائى .

ثم ينتقدون ماقررته الشريعة من إعطاء الزوج حق الطلاق دون إلزامه بالرجوع إلى القاضى، وهم يجهلون أن ذلك فى مصلحة الطرفين ومصلحة الزوجة بالذات، لأن رفع الأمر للقضاءسيلزمه بالتصريح بأسباب تبرر طلبه، وعادة لايكون ذلك فى مصلحة الزوجة، بل تشينها وتضرها فى مستقبلها سواء كانت أسبابا صحيحة أو مختلقة، وهذا هو الأغلب لأنه مادام كارها فسوف يصطنع المبررات ويلفق الأسباب للحصول على الطلاق ولوكان ذلك بتجريح الزوجة والتشهير بها والقضاء على أملها فى أن تجد زوجا أصلح منه لها وتكون هى أصلح له .

أما "الزوجة"، فإنها إذا لجأت للقاضى فيكفى أن تبرر ذلك بتضررها من عشرته، وإذا كان هناك ما يجرحه فإنه سيضطر إلى أن يطلقها ويفارقها بالمعروف بدلا من إلزامها برفع دعوى وإلزامها بتقديم الأدلة على سوء معاشرته أو عدم صلاحيته للمعاشرة الزوجية مثلا، أو عدم التزامه بالخلق والسلوك السوى، ما دام قد ظهر منها كرهها له.

إن هؤلاء الذين ينتقدون مثل هذه الأحكام الدقيقة لا يستطيعون فهمها، ولا يجدون من يشرح لهم مبرراتها، ولا يستمعون لمن يقدم لهم شيئا من ذلك. وكثير منهم إنما يجارى "الموضة" الأوربية ناسين أن أوربا المتقدمة هذه قاست كثيرا من عدم إجازة الطلاق. وكافحت شعوبها جيلا بعد جيل لتقرير مبدإ الطلاق. ومازالت هذه القضية تشغل دولا عديدة وتثير خصاما بين أنصار الطلاق وخصومه، ويكفى شريعتنا فخرا أنها سبقتهم جميعا بالقضاء على هذه المشكلة.

نقطة ثالثة يستغلها هؤلاء "النسائيون". وقد عرفنى أحد زملائنا فى الإسكندرية أن هناك جهات معينة تستأجر فتيات عانسات غير متزوجات ولا أمل لهن فيه ، وتدفع لهن

مرتبات لكى يزرن المنازل، ويتقدمن كمدافعات عن "حقوق المرأة" فى المساواة، وأن إحداهن قالت لابنته : كيف تسكتين على نظام يجعل حقك فى الميراث أقل من أخيك؟! أليس فى ذلك إخلال بمبدإ المساواة ؟! فقالت لها : أنت تجهلين أننى أعد نفسى للزواج وكذلك أخى، وعندما أتزوج فإن الشريعة تلزم زوجى بالإنفاق علىّ، وتلزم أخى بالإنفاق على زوجته وأسرته، هذا هو ما يبرر الحكم الذى لا يعجبك ربما لأنك لا تفكرين فى الزواج أو ليس لديك أمل فيه. والحق أن هدف هؤلاء هو صرف الشباب والشابات عن الزواج، والاستغناء عنه بالفساد الجنسى والتسيب الأخلاقى الذى يسمونه "حرية الجنس" .

إن هذا الزواج المدنى الذى يتغنون به ليس عقدا رضائيا يتم بإيجاب وقبول بين طرفيه كما تقرر شريعتنا، التى لا تستلزم أن يكون مكتوبا ولا أن يقوم بتحريره موثق حكومى أو دينى، ويمكن أن يتم شفويا أو كتابة عرفية دون موثق، وهذا ما يسمونه الزواج العرفى، ويهاجمه البعض لأنه يتم سرا دون علانية وشريعتنا توجب علانية الزواج – وقد اتجهت دولنا إلى اشتراط تحريره بواسطة موثق ضمانا لعلانيته. ونرى البعض ينتقدون الزواج العرفى، ونتمنى أن يهاجموا أولا ما يسمونه حرية العلاقات الجنسية خارج الزواج قبل أن يهاجموا الزواج العرفى الرضائى. إن ما يهم شريعتنا هو فتح باب الزواج وتسهيله لمنع التسيب فى العلاقات الجنسية بدون زواج التى تجيزها الآن جميع القوانين الوضعية – فى حين لا تجيز الزواج الرضائى الذى لا يتم أمام الموثق الرسمى .

هكذا نرى أن أسلوب تفريد الأحكام الشرعية وفصلها عن نظام الأسرة يفسح المجال لأولئك الذين وصفهم فقيهنا بأنهم يعادون شريعتنا لأنهم يجهلونها. لذلك فإننا نحرص دائما على التذكير بالترابط بين أحكام الأحوال الشخصية فى شريعتنا وعدم جواز الحكم على أى منها منفردا عن غيره، وأن محورها وأساسها هو وحدة الأسرة وتضامنها واستقرارها .

صحيح أننا يجب ألا ننكر أن بعض التقاليد الموروثة من عصور الجاهلية والوثنية السابقة على الإسلام قد تركت بصماتها فى كثير من مجتمعاتنا، وعطلت مفعول كثير من المبادئ الإسلامية السامية، وخاصة فيما يتعلق بمبدإ المساواة عموما ومساواة المرأة بالرجل خصوصا، وتجاوزت بذلك مقتضيات وحدة الأسرة ونظامها وتضامنها إلى فرض

❁ الحكم الاستبدادى لا يعترف بالشورى الحرة :

قـــدر من الظلم على المرأة حتى حرمتها كثير من مجتمعاتنا حتى الآن من التمتع بكثير من الحقوق الاجتماعية التى قررها الإسلام ومارسها المجتمع المسلم فى عهد الرسالة، مثل حقها فى الصلاة فى المساجد أو حقها فى التعلم أو فى العمل عندما تحتاج لذلك[1].

سيرى القارئ أننا سنبذل جهدنا فى هذه الدراسة لتقديم مقترحات فى هذا الصدد، نرجو أن تتسع لها صدور كثيرين ممن يعُدّون أن كل مافى مجتمعاتنا ينتسب إلى الشريعة و مـــبادئ الإسلام وأنها تطهرت نهائيا من رواسب الجاهلية فيما يتعلق بالمرأة وغيرها، وإن كـــان الواقع مازال بكل أسف يشهد بغير ذلك، ليس فقط فيما يتعلق بالمرأة، بل وفى نظـــم الحكم الاستبدادى الذى لايعترف بالشورى الحرة فى كثير من بلادنا وكثير من مراحل تاريخنا حتى الآن رغم أن القرآن أوجبها منذ فجر الإسلام، ولم تحترم إلا فى فـــترة قصـــيرة محدودة فى عهد الخلافة الراشدة. فليقل لنا هؤلاء من أين جاء "الملك العضوض" و"الحكم الاستبدادى" الذى قضى على الشورى الحرة بعد ثلاثين عاما فقط من الخلافة الراشدة ومازالت نماذج متطورة منه مسيطرة فى كثير من أقطارنا. إنه جاء من رواسب الجاهلية التى يجب علينا أن نطهر مجتمعاتنا منها[2] .

إنـــنا لانوافق على اعتبار الطلاق نظرية، لأنه فى الحقيقة استثناء أجازته الضرورة لإنهـــاء الزواج التعاقدى. فالأصل هو استمرار الزواج كأساس للأسرة، وليس إنهاؤه إلا اســـتثناء بســـبب فشل المتعاقدين أو أحدهما فى الالتزام بأصوله وتحقيق مقاصده وأهدافه .

---

[1] ويكفى لمراجعة ذلك الاطلاع على الدراسة الموسوعية القيمة التى أعدها المرحوم الأستاذ "عبد الحليم أبو شقة "، وبذل فى إعدادها سنين طويلة من حياته لكى يدعمها بالأدلة من كتب الحديث والتفاسير وغيرها، نشرها فى ستة أجزاء تحت عنوان "تحرير المرأة فى عهد الرسالة".
وأعتقد أن خير تكريم لهذا العمل العلمى الممتاز هو أن نعمل جميعا لتطهير مجتمعاتنا من كل التقاليد التى تحرم المرأة من حقوقها الاجتماعية والإنسانية، وأولها حق التعلم والعمل وحق الصلاة فى المساجد والمشاركة فى جماعات الأعياد والجمع .

[2] هناك أمثلة أخرى من رواسب الجاهلية فى المجتمع الإسلامى فى كتابنا "فقه الشورى والاستشارة"، وكتابنا "الشورى أعلى مراتب الديمقراطية". مثل التوسع فى أسباب الرق وبقائه رغم تشجيع شريعتنا على تحرير الرقيق .

عوده ٣٠ـ *نظرية تحريم الخمر*... حرمت الشريعة الإسلامية الخمر تحريما مطلقا، وجعلت عقوبة تناول الخمر من الحدود "أي العقوبات" المقدرة التي لا يجوز لولي الأمر العفو عنها ولا عن الجريمة التي وضعت لها، ولا يجوز للقاضي أن يخفضها أو يستبدل بها غيرها، أو يوقف تنفيذها ...

ولم تحرم الشريعة الخمر مرة واحدة، بل جاءت بالتحريم تدريجيًا؛ لأن شرب الخمر كان متفشيا في العرب، وكانت الخمر إحدى متعهم وسبيل لهوهم فاقتضت حكمة " التشريع " التدرج في التحريم . وكان أول نص من نصوص التحريم-٥٢- قوله ﷻ: ﴿يأيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون﴾ [النساء:٤٣]. فنهاهم الله عن الصلاة وهم سكارى، ولما كانت الصلاة فريضة لابد من أدائها، فقد وجب عليهم أن لا يتناولوا الخمر بكميات تسكرهم ليستطيعوا أن يؤدوا فريضة الصلاة خمس مرات فيما بين الفجر والعشاء وهم غير سكارى، ولعل هذا كان داعيا لهم أن يتساءلوا عن حكم الخمر في ذاتها. وقد جاء النص الثاني من نصوص التحريم يرد على هذا التساؤل ويبين علة التحريم، وذلك قوله ﷻ:﴿يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما إثم كبير ومنافع للناس وإثمها أكبر من نفعهما﴾ [البقرة:٢١٩]. وبعد أن أصبحت النفوس مهيأة لترك الخمر نزل النص القاطع في التحريم وهو قوله ﷻ: ﴿يأيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتبوه لعلكم تفلحون۝ إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل أنتم منتهون﴾ [المائدة:٩٠-٩١] ...

وظاهر من نصوص الشريعة أنها عامة مرنة إلى آخر حدود العموم والمرونة، وهذه الميزة التي تتميز بها نصوص الشريعة هي التي جعلت هذه النصوص صالحة للتطبيق وقت نزول الشريعة، وحفظت لها هذه الصلاحية في عصرنا الحاضر، أي بعد مضي ثلاثة عشر قرنا على تاريخ نزولها، وهذه الميزة هي التي ستحفظ لها هذه الصلاحية في مستقبل الأيام مهما امتد الزمن وطال. فإذا ما قلنا إن الشريعة لا تقبل التعديل والتبديل؛ فذلك لأنها صيغت بحيث لا تحتاج إلى تعديل أو تبديل ...

الصدر ... التعليق "رقم-٥٢-" يمكن أن يكون المراد بالآية المباركة النهي عن إتيان الصلاة وهو غافل عنها لا يفهم معنى ما يقول وغير منقطع إلى الصلاة وحاله حال السكارى، وليس المراد الشاربون للخمر، فتكون الآية أجنبية عن تحريم الخمر ...

الشاوى ... رأينا في تعليق "-٥٢-" لا أهمية لهذا التعليق في نظرنا؛ لأن التحريم جاء صريحا وقاطعا بعد ذلك في سورة المائدة الآية (٩٠) كما هو ثابت في "المتن" ...

‹عوده› ولم تأت الشريعة بتحريم الخمر مجاراة لحال الجماعة أو استجابة لرغباتها، فقد كانت فكرة التحريم بعيدة عن الأذهان، ولم تكن النفوس مهيأة لها، وإنما جاءت الشريعة بالتحريم لأنه ضروري لتكميل الشريعة بما يجب أن تكون عليه الشريعة الكاملة الدائمة، وجاءت به لترفع مستوى الجماعة وتوجهها نحو السمو والكمال. وإذا كان العالم غير الإسلامي قد أصبح الآن يفكر في تحريم الخمر كما أصبحت النفوس مهيأة لقبول التحريم، فمعنى ذلك أن الشريعة الإسلامية بما قررته من تحريم الخمر دعت الناس أن يتقدموا عصرهم بأكثر من ثلاثة عشر قرنا ...

ولقد دعت الشريعة الإسلامية العالم إلى ترك الخمر وحرمتها على الناس من القرن السابع، ولكن لم يستجب هذه الدعوة ويأخذ نفسه بتحريم الخمر إلا البلاد الإسلامية، أما ما عداها من البلاد فقد بقيت تحت سلطان الخمر حتى أثبت العلم المادي أخيرا أن الخمر مفسدة عظمى وأنها تهدم الصحة وتضيع المال، وتضعف النسل والعقل، وتضر بالإنتاج ضررا بليغا، هنالك بدأت الدعوة لتحريم الخمر تظهر وتشتد، وتؤلف لها الجماعات وتجمع لها الأموال وتنشر الصحف وقد نجحت الدعوة لتحريم الخمر نجاحا ملحوظا فلا يكاد يوجد اليوم بلد ليس فيه جماعات قوية تدعو لتحريم الخمر وتجد كل تعضيد ومساعدة من المفكرين والمصلحين بحيث يمكن أن يقال: إن الدعوة إلى تحريم الخمر أصبحت اليوم عامة ...

ويستطيع الإنسان أن يرى أثر الدعوة إلى تحريم الخمر ظاهرا في التشريعات التي صدرت في القرن الحالي. فالولايات المتحدة أصدرت من عدة سنين قانونا يحرم الخمر تحريما تاما، والهند أصدرت من عامين قانونا مماثلا، وهاتان هما الدولتان الوحيدتان اللتان حرمتا الخمر تحريما تامّا، أما أكثر الدول فقد استجابت للدعوة استجابة جزئية فحرمت تقديم الخمر أو تناولها في المحلات العامة في أوقات معينة من النهار، كما حرمت تقديمها أو بيعها لمن لم يبلغوا سنا معينة ...

ونستطيع أن نقول بعد ذلك إن العالم اليوم أصبح مهيأ لفكرة تحريم الخمر بعد أن ثبت علميا أنها تضر بالشعوب ضررا بليغا، وإن الدعوة إلى التحريم تأخذ طريقها، ويشتد ساعدها كل يوم، وتجد من العلماء والمصلحين كل تعضيد وإن اليوم الذي تحرم فيه كل الدول الخمر تحريما قاطعا لم يعد بعيدا، وإن العالم قد بدأ يأخذ بنظرية الشريعة الإسلامية ويسير على أثرها، فسجل على نفسه بذلك أنه استجاب للحق بعد أن ظل يُدعى إليه ثلاثة عشر قرنا فلا يجيب ...

❁ 30 – نظرية تحريم المسكرات والمخدرات وأسلوب التدرج فى تطبيقها:

كثيرون يقاومون آفة المخدرات، ويدعون إلى التعاون الدولى لمقاومة هذا الوباء فى عصـــرنا. ونـــرى أن عليهم أن يعترفوا بأن ما يسميه "فقيهنا" نظرية تحريم الخمر فى شريعتنا هى الأساس الصحيح والبداية الضرورية لمقاومة المخدرات.

إن اهتمام شريعتنا بهذه النظرية هو من أهم الميزات التى تبرر قوله بخلود الشريعة وحاجة الإنسانية إليها فى الحاضر والمستقبل كذلك. ونحن نؤيده فى حسبانه مبدأ تحريم الخمـــر أساســـا لنظرية شاملة فى إصلاح المجتمع وأفراده وأنه يزودنا بمنهج متكامل لمقاومـــة آفـــة المخـــدرات، تستمد منه أحكام عديدة واستحداث منظمات دولية ومعاهدات وأحكام لهذا الهدف.

وفضلا عن ذلك، فإن شريعتنا لم تبتدع تحريم الخمر؛ لأنه مبدأ تقره جميع الأديان الإلهية[1] .

وقد أشار إلى أسلوب التدرج الذى اتبعه المشرع الإلهى لكى يصل إلى تحريم الخمر أولا، ثم العقوبـــة عـــليها، وهذا نموذج يجب أن نراعيه فى مطالبتنا باستكمال تطبيق الشـــريعة فى جميـــع نواحـــى الحيـــاة الفردية والاجتماعية، وبخاصة تحريم المخدرات والمسكرات. وعلينا التدرج فى التطبيق بعد إقرار المبدإ ذاته لأنه من المؤكد أن نسبة كبيرة من ذوى السلطان فى بلادنا، والذين بيدهم مراكز القوى السياسية والإعلامية والاجـــتماعية والاقتصـــادية، هم الآن ممن يشربون الخمر ويعلنون سرا أو علنا عدم اقتناعهم بتحريمها.

لذلـــك فإن الدعاة يجب أن يخططوا للتدرج فى الوصول إلى تحريم الخمر، وذلك بالعـــناية بالأجيـــال الناشئة وضرورة عزلها عن الأجيال الحالية التى أصابتها عدوى الســـكر والشـــرب بسبب اتصالها بالمجتمعات الأوروبية التى حكمت بلادنا فى عهد الاحتلال، ومازالت تؤثر على دولنا وحكامنا ونظمنا السياسية بواسطة نفوذها المالى والاقتصادى ونفوذ بعض الدول الأجنبية الكبرى التى تسيطر على النظام العالمى.

فالتربية والتعليم والثقافة و الإعلام يجب أن تكون الهدف الأول لمن يريدون تنشئة الأجيـــال القادمة على الأصول والمبادئ الإسلامية، ومنها تحريم "الخمر والمخدرات".

---

[1] تراجع البنود (457) وما بعدها بشأن عقوبات شرب الخمر، فيما بعد .

﴿عوده﴾ ٣١ـ *نظرية تعدد الزوجات* ... جاءت الشريعة الإسلامية من يوم نزولها مبيحة لتعدد الزوجات بشرط أن يعلم الزوج من نفسه القدرة على العدل بينهن فإن كان يعلم أنه لا يستطيع العدل بينهن أو يخشى أن لا يعدل بينهن، فلا يجوز له أن يتزوج غير امرأة واحدة. وإذا كان يعلم أنه يستطيع العدل بينهن فليس له أن يجمع بين أكثر من أربع نسوة، وذلك قوله ﷻ : ﴿فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة﴾ [النساء:٣] ...

وقد سايرت الشريعة الإسلامية منطقها الخاص وسايرت الطبيعة البشرية، وجاءت متفقة مع الغرض من الزواج حينما قررت إباحة تعدد الزوجات. فأما أن الشريعة قد سايرت منطقها الخاص، فذلك أن الشريعة تحرم الزنا تحريما كليّا، وتعاقب عليه أشد العقاب، حتى إنها لتعاقب الزاني المحصن بالرجم "أي القتل رميا بالحجارة"، فوجب ألا تحرم الزنا على الناس من وجه وتدفعهم إلى الزنا من وجه آخر. ولاشك في أن تحريم تعدد الزوجات يدفع الناس إلى الزنا، ذلك أن عدد النساء في العالم يزيد على عدد الرجال ويزداد الفرق بينهما كلما نشبت الحروب وتعددت، فتحريم الزواج إلا من واحدة يؤدي إلى بقاء عدد كبير من النساء دون زواج، وحرمان المرأة من الزواج مع استعدادها له معناه أن تجاهد المرأة طبيعتها، وهو جهاد ينتهي غالبا بالفشل والاستسلام وإباحة الأعراض والرضا بالسفاح. وكذلك فإن الرجل والمرأة يختلفان من حيث استعدادهما للعملية الجنسية ... فالمرأة ليست مستعدة في كل وقت لغشيان الرجل إياها؛ لأنها تحيض كل شهر أسبوعا في المتوسط، وقد تصل أيام الحيض إلى أسبوعين وغشيانها محرم في المحيض، ولأنها عندما تلد يحرم غشيانها مدة النفاس وهي أربعون يوما تقريبا، كذلك فإن استعداد المرأة يضعف طول مدة الحمل أو على الأقل مدة الإثقال بالحمل. أما الرجل، فاستعداده واحد لا يختلف باختلاف أيام الشهر والسنة، فإذا حرم على الرجل أكثر من واحدة كان معنى ذلك حمل الكثيرين على الزنا لأنهم لا يستطيعون أن يكبتوا غرائزهم الجنسية أيام "الحيض" و"النفاس" والإثقال بالحمل-٥٣- ... وأما أن الشريعة الإسلامية سايرت طبائع البشر في إباحة

الصدر ... التعليق "رقم -٥٣-" أو أيام مرض الزوجة وعدم تمكنها من العلاقات الجنسية أو في ظرف برودة الزوجة جنسيا وعدم تمكنها من إشباع غريزة الزوج أو في حالات عقم الزوجة ورغبة الزوج في الذرية ...

الشاوي ... رأينا في التعليق "-٥٣-": يضيف مبررات أخرى لجواز تعدد الزوجات ليست محل خلاف.

(عوده) تعـــدد الـــزوجات، فإنها قدرت قوة الغرائز الجنسية حق قدرها،فلم تعرض الرجل أو المرأة لامتحان إن نجح فيه العشرات سقط المئات، ولم تفرض على الرجل أن يتزوج واحدة فقط حتى لا تحكم على بعض النساء بالبقاء عوانس مدى الحياة يتمنين الـــرجل فـــلا يحصلن عليه، ويحلمن بالأولاد والأسرة ولا سبيل إلى تحقيق حلمهن، ويقاومن الغرائز الجنسية فلا تعود عليهن المقاومة إلا بضعف الصحة والعقل وخسارة الشـــرف والعفـــة. ولم تفـــرض الشـــريعة على الرجل أن يتزوج واحدة فقط حتى لا تعرضـــه للوقوع تحت سيطرة الغرائز الجنسية في فترات الحيض والنفاس أو غيرها من الفترات التي يضعف فيها استعداد المرأة للاستجابة، لأن الرجل في الغالب يخضع لســـلطان الغريزة أكثر مما يخضع لسلطان العقل، شأنه في ذلك شأن المرأة وإن كانت طبيعة المرأة تساعدها على كبت غريزتها أكثر مما يستطيع الرجل-٥٤- ...

وأما أن حكم الشريعة في إباحة التعدد جاء متفقا مع الغرض من الزواج، فالأصل أن الغرائز الجنسية ركبت في الرجل والمرأة لحفظ النوع، وأن الزواج شرع للتناسل وتكويـــن الأســـرة، فإذا تزوج الرجل امرأة عقيما ولم يبح له أن يتزوج غيرها فقد تعطلت وظائفه الجنسية عن أداء الغرض الذي خلقت له، وتعطل الغرض من الزواج نفسه. كذلك فإن قدرة الزوج على التناسل غير محدودة، أما قدرة المرأة فلها حد لا تـــتعداه، فالرجل يستطيع أن ينجب أولادا حتى يبلغ الستين أو السبعين في المتوسط وهـــو في الغالب أقصى عمره، أما المرأة فتنعدم قدرتها على التناسل فيما بين الأربعين والخمسين، فلو حرم على الرجل أن يتزوج أكثر من واحدة لكان معنى ذلك تعطيل وظيفته التناسلية حوالي نصف المدة التي يستطيع فيها أن يؤدي هذه الوظيفة ...

هذه هي نظرية الشريعة في إباحة تعدد الزوجات قررتها لدفع الضرر ورفع الحرج، ولتحقيق المساواة بين النساء، ولرفع مستوى الأخلاق. وظاهر من النص الذي قررها أنـــه نـــص عام إلى آخر حدود العموم، مرن إلى آخر حد من المرونة، وهذا ما جعله محـــتفظا بصـــلاحيته الـــتي كانت له منذ ثلاثة عشر قرنا، وما سيجعله محتفظا بهذه الصلاحية إلى ما شاء الله ...

(الصدر) ... تعـــليق "رقـــم -٥٤-" وحفظـــت الشريعة حق الزوجة الأولى بإيجاب العدل على الزوج وإلزامه بالقيام بجميع حقوق زوجاته من إنفاق وفراش ...

(الشاوي) ... رأينا في التعليق "رقم -٥٤-" ... راجع رأينا السابق ...

﴿عوده﴾ ولم تـــأت الشـــريعة بهـــذا النص لتساير به حال الجماعة، فقد كان العرب يجيـــزون تعدد الزوجات إلى غير حد، ولم يكونوا يستسيغون تحديد عدد الزوجات. وقد اضطر الكثيرون منهم بعد نزول النص إلى إبقاء أربعة فقط من أزواجهن وتطليق الـــباقيات، لكن الشريعة جاءت بهذا النص لترفع به مستوى الجماعة، ولأن وجوده ضروري في شريعة دائمة كاملة لا تقبل التغيير والتبديل ...

ونظرية الشريعة في تعدد الزوجات من النظريات التي لم تعترف بها القوانين الوضعية حـــتى الآن، بـــل كانت هذه النظرية قديما مدعاة لتندر الأوربيين واستهجانهم وأداة يستخدمونها في طعنهم على الإسلام. أما اليوم فإن النظرية تجد لها في نفوس علمائهم ومصلحيهم مكانا وفي صحفهم السيارة موضعا، ومن يدري؟ لعل اليوم الذي تأخذ فيه القوانين الوضعية بهذه النظرية قد اقترب، فإن الحرب العظمى التي وقعت سنة (١٩١٤م) والحـــرب الأخيرة التي وقعت سنة (١٩٣٩) قد ساعدت كلتاهما على تهيئة الأذهـــان لهـــذه النظرية، حيث قتل في كل من الحربين عدد كثير من الرجال وترمل عدد كبير من النساء، وزاد عدد النساء على عدد الرجال زيادة ظاهرة ...

والحق أن الحروب لم تكن هى الدافع الوحيد الذي حمل الأوربيين على التفكير في إباحـــة تعـــدد الزوجات، وإنما حملهم على ذلك أسباب أخرى متعددة، منها انتشار "المخالـــلة" بحيـــث أصبح لكل رجل عدد من الخليلات يشاركن زوجته في رجولته وعطفه وماله، بل قد يكون لإحداهن في هذه أكثر من نصيب زوجته. ومنها شيوع الـــزنا ومـــا يترتب عليه من جنايات أقلها كثرة أبناء السفاح الذين يقذف بهم إلى الشوارع خوف العار، وقتل الأجنة في بطون أمهاتها. ومنها الزيادة الطبيعية في عدد النساء، وحاجة هؤلاء إلى أن يكن زوجات وأمهات. ومنها قلة النسل قلة ظاهرة في الشـــعوب الأوربية. فهذه الأسباب مجتمعة مع غيرها دعت الناس إلى أن يفكروا في إباحـــة تعدد الزوجات باعتباره العلاج الطبيعي لهذه الظواهر والأمراض الاجتماعية الخطيرة ...

31 – تعدد الزوجات شرع استثناء لتقليل حالات الطلاق وتحريم المعاشرة خارج الأسرة :

يدخل هذا المبدأ ضمن البند الخاص "بالزواج التعاقدى" (بند 29). وكما ذكرنا بشأن الطلاق، فإننا لا نَعُدُّ إجازة التعدد نظرية، بل إنها مجرد إباحة استثنائية وحكم فرعى من أحكام نظام الأسرة القائم على الزواج التعاقدى[1] .

إن "فقيهـــنا" يؤكد أن إباحة التعدد مرتبطة بمبدإ تحريم الزنا والعقاب عليه، وهو الأمـــر الـــذى لابـــد أن تفكر فيه كثير من الشعوب المتقدمة التى تعانى من التسيب الأخلاقى والعلاقات الجنسية بدون زواج، والتى تفضل الفساد الجنسى وتبيحه باسم "الحرية الجنسية"؛ ويفتحون باب المعاشرة الجنسية بدون زواج، حتى للمتزوجين فعلا، ويفضـــلون هذا الفساد على إباحة تعدد الزوجات. وأصبحت تلك الشعوب تقاسى الآن مما يترتب على فوضى "الحرية الجنسية" من أمراض وأوبئة وزيادة اللقطاء الذين يلقون فى الشوارع بلا أب معروف لهم أو معترف بهم، وهى آفات يمكن أن يقاومها العـــالم بتطـــبيق المـــبادئ الشرعية التى تقر تعدد الزوجات بصفة استثنائية، وبقيوده وشروطه الشرعية نتيجة لاعتبار الزواج عقدا رضائيا. وميزة شريعتنا أنها تفضل تعدد الزوجات على فتح باب العلاقات الجنسية خارج نطاق الزواج فى حين أن الشعوب المسيحية الذين كانوا يعتبرون الزواج علاقة مقدسة لم يجدوا أمامهم إلا باب المخادنة والمعاشرة خارج الزواج دون قيد ولاشرط ويفضلونها على تعدد الزوجات .

إن شريعتنا تضع للتعدد شروطا وقيودا تجعله استثناء، وتفضله على إباحة التسيب فى العلاقـــات الجنسية بدون زواج كما تفعل النظم الأوربية والأمريكية التى تتباهى الآن بـــتحريم تعدد الزوجات وتعاقب عليه وتبيح كل معاشرة جنسية خارج نطاق الـــزواج، ولا تعاقب على الفساد الأخلاقى والاجتماعى الذى يترتب عليها – حتى أصبح شيوع رذيلة الزنا فى هذه المجتمعات خطرا يهدد كيان الأسرة ويهدد مجتمعاتهم بالانهيار .

---

[1] نقترح على القارئ أن يطلع على هذا البند بعد البند (29) لارتباطه بموضوع الزواج والأسرة؛ وحبذا لو أخر اطلاعه على البند (30) حتى لا يفصل بين هذين البندين.

الذين يحرمون تعدد الزوجات يبيحون الزنا وكانوا ينتقدون الطلاق ثم أباحوه وهو أسوأ من التعدد :

كثيرون من الأوربيين كانوا من قبل يعارضون مبدأ الطلاق الذى شرعه الإسلام ويقاومونه، وأصبحوا الآن يطالبون به ويكافحون من أجله ويلاقون صعوبات كثيرة تـــزيدهم إصـــرارا على جعله إصلاحا اجتماعيا باعتباره من مظاهر التقدم فى تلك المجتمعات الأجنبية، ومع ذلك نجد كثيرين عندنا ينسون أن شريعتنا سبقتهم إلى ذلك منذ فجر الإسلام، وهم الآن يقلدونها ويقتفون آثارها فى إجازة الطلاق .

لكن بعض هؤلاء لا يفهمون حتى الآن أن إباحة الطلاق تؤدى حتما وبالضرورة لإباحـــة تعدد الزوجات، لأنه يقلل من حالات الطلاق ويعالج آثاره السيئة بالنسبة للأطفـــال. ذلك أن الزوج إذا وجد داعيا لأن يعاشر امرأة غير "رفيقته" التى عاشرته زمـــنا طويـــلا، فـــإنهم يفتحون له باب معاشرته خليلته دون زواج، أو أن يلجأ إلى التخلص من الزوجة "الأولى" بالطلاق، مادام بابه مفتوحا ومشروعا عندهم وعندنا، ويضـــطر لطـــلاق زوجـــته الأولى لكى يتزوج من يريد سواها، فهو يستبدل زوجة بأخـــرى، وهذا هو ما يحدث الآن فى تلك البلاد "المتقدمة" التى تبيح الطلاق وتحرم التعدد. أما شريعتنا فإنها تفتح له خيارا آخر لتفادى الطلاق بأن يسمح له أن يكون له زوجـــة أخـــرى فى حين أنهم مازالوا يحرصون على منعه منه، ولا يكون أمامه سوى الطـــلاق أو ممارسة الزنا والعلاقات غير الشرعية دون زواج مع أنه متزوج فعلا. أما شـــريعتنا فإنهـــا تجيز له تعدد الزوجات استثناء وترى أنه لصالح "الأسرة" لأن هناك اعتبارات لابد من تقديرها؛ منها أن الأمر لا يخص الزوج والزوجة وحدهما، بل يهم أولادهما الذين يتضررون من الطلاق الذى أباحته أغلب التشريعات "المتقدمة".

بـــل إن الـــزوجة الأولى رغم كرهها لدخول غيرها فى حياة شريكها، إلا أنها مع ذلـــك قـــد تكره أكثر الخروج من دائرة الزواج إلى حياة الطلاق، وهى تعرف ماذا يعنيه بالنسبة لأولادها، ولها أيضا.

لذلـــك رأى المشرع الحكيم ألا يسد باب التعدد إذا وجدت ضرورة له، وفضله على الطلاق الذى يجاهدون لكى يبيحوه، ومع ذلك يرفضون تعدد الزوجات، رغم أنـــه أقل ضررا منه. وأكثر من ذلك فإن هذا التعدد تَعُدّه بعض التشريعات الوضعية جـــريمة فى حـــين أن الزنا مباح عندها، بل يَعُدّونه حرية ويبيحون للمتزوجين رجالا ونساء أن يكون لهم علاقات جنسية غير شرعية فى أثناء الزواج .

❁ النظم التى لا تجيز تعدد الزوجات تزيد حالات الطلاق :

إن التعدد أجيز فى شريعتنا استثناء؛ لأنه أفضل من الزنا الذى يبيحونه، ولأنه يسد بـــاب الفساد الذى يمارسه كثير من الأزواج فى البلاد التى لا تجيز التعدد وإنما تجيز لـــلرجل أن يكـــون له عشيقة أو أكثر إلى جانب زوجته، وهو أمر تواجهه الشريعة بالتحريم والعقاب. أما المجتمعات المتقدمة فتعالجه بأن يكون للزوجة أن تعامله "بالمثل" تطـــبيقا لمـــبدإ المساواة "إذا استطاعت" ويكون لها عشيق أو عشاق آخرون بقدر ما تستطيع، فلا يبقى للزواج ولا للأسرة ذاهما وجود ولا قيمة، وهذا هو ما وصلوا إليه فعلا، ويريد بعضهم أن يفرضه على مجتمعاتنا.

لقـــد فـــتحت شريعتنا للجميع بابا للحل الوسط الذى يجيز للزوج أن يرتبط بزوجة أخرى،مع بقائه مرتبطا بالأولى وبأولادها طالما أنها لا تطلب الطلاق ولا تريده.

وقـــد نشـــرت الصحف أن أحد الوزراء فى مصر جاء إليه وفد من دعاة "التحرر النســـائى" يطلـــبون منه منع الأزواج من تعدد الزوجات، فقال لهم : "لا تنسوا أنكم تـــريدوننى أن أمنع امرأة من الزواج وهى الزوجة الجديدة، تريدون أن يضحى القانون بهـــا من أجل الزوجة الأولى. إن هناك من يريدون تحريم التعدد ولو كان يرضى الزوجة الأولى والزوجة الجديدة معا فكيف أضحى بهما وألزمهما بالفساد؛ لأن منع الزوج من الـــزواج الثانى لن يحرمه من معاشرتها كخليلة طالما أن ذلك مباح فى قانوننا الوضعى، كمـــا أنه لن يمنعه من الطلاق الذى تجيزه جميع الشرائع. يكفى أن نفتح للزوجة الأولى باب الطلاق، وأنا لا أعتقد أن الزوجة الأولى تعجز عن الحصول على الطلاق "للضرر" إذا لم تكن راغبة فى مواصلة العيش مع زوجها، فإذا لم تطلب هى الطلاق فإننى لا أرى مصـــلحة مطلقا فى أن نلزم الزوج بأن يلجأ إليه باعتباره الوسيلة الوحيدة لتمكينه من تحقيـــق رغبته فى معاشرة المرأة الجديدة أو أن يجعل هذه المرأة عشيقة بدون زواج. إن المســـألة ليست مشكلة بين الرجل وزوجته الأولى، بل هى مشكلة أيضا بين امرأتين: الـــزوجة الأولى والمرأة الثانية التى تدخل حياة الزوج ويريد الارتباط بها ويجعلها زوجة ثانية بدل أن تكون عشيقة دون أى رباط قانونى بينها وبين الرجل الذى أحبها ...

إنـــى أدعوكـــم إلى أن تحلوا المشكلة على هذا الأساس، بدل الإصرار على التضحية بالزوجة الجديدة بحجة أن ذلك لصالح الأولى ونحن لا نرى داعيا لذلك . إن أقصى ما تطلبه المـــرأة التى لا تريد أن يتزوج رجلها امرأة أخرى هو الطلاق، وعليها أن تطلب ذلك من القضـــاء وتقنعه بما يصيبها من ضرر بهذا الزواج. أما إذا لم تر لنفسها ولأولادها مصلحة فى ذلك فكيف تريدون أن أفرض على الزوج أن يطلقها إذا كان هو لا يريده، وهى لم تطلبه ؟!

❁ تحريم التعدد مرتبط بإباحة الزنا للزوجين فى أوربا – على قدم المساواة:

لقـــد أشار كثيرون إلى ما تحدثه الحروب من زيادة النساء المرشحات للزواج عن عـــدد الرجال بسبب كثرة من قتلوا فى الحرب أو وقعوا فى الأسر. وعندى فى ذلك قصـــة تبين أن كثيرا من النساء هن ضحية الثقافة الأوربية التى ورثت التشهير بتعدد الـــزوجات الذى كان ينسجم مع تحريم الطلاق ويرتبط به، لكنهم مازالوا يحتفظون بهـــذه الأفكار الموروثة بعد أن أجازوا الطلاق ناسين أن منع التعدد سوف يزيد من حـــالات الطـــلاق ومســـاوئه، فضلا عن أنه يفتح كثيرا من أسباب الفساد الخلقى والاجتماعى والعلاقات الجنسية بدون زواج .

لقـــد حضرنا ندوة دعتنا لها منظمة شبابية ألمانية عقب الحرب مباشرة فى صيف عام 1946م، وعـــندما وصلنا هناك وجدنا أن أكثر القائمين بتنظيم استقبالنا والحوار معنا كان من الفتيات والنساء، وكان من أهم الموضوعات التى عرضوها علينا لمناقشتها: إيجـــاد العلاج المناسب لما يعانيه المجتمع بسبب قلة عدد الرجال، وزيادة عدد النساء والبنات بدون أزواج .

وكـــان صديقنا وزميلنا فى البعثة بباريس الأستاذ الدكتور محمد يوسف موسى ـــ رحمـــه الله ـــ يحضـــر فى هذه الندوة فبادرهم بقوله : "إن الإسلام قدم لنا الحل وهو تعدد الزوجات". فلاحظ أن الفكرة لا تعجب كثيرين، فسأل إحدى البنات عما إذا كانت تفضل أن يعاشر زوجها امرأة أخرى بدون زواج (وذلك مباح عندهم) أو أن يعقـــد عـــليها كـــزوجة ثانية. وكانت دهشته شديدة عندما وجدها وبعض الفتيات الأخـــريات يفضـــلن أن يلجأ الزوج للعلاقة غير الشرعية بدلا من الزواج الشرعى الـــثانى، وحجتهن أن وجود عشيقة أصبح أمرا عاديا ومألوفا فى المجتمع، وأكثر من ذلـــك أن الزوجة تستطيع أن تفعل مثل ذلك وتعاشر من تريد غير زوجها. وبذلك تطبق مبدأ المساواة فى ممارسة "الزنا" للمتزوجين وغير المتزوجين على السواء.

هذا هو التسيب والانحلال الذى يسيطر على عقول النساء والرجال فى تلك البلاد حتى الآن بل يتباهون به ويعتبرونه "حرية جنسية" ! ولا أعتقد أن مجتمعنا يقبل أن يصل إلى هـــذا الحـــد، ولا أن يقر للطرفين أن ينشئا ما يريدان من علاقات غير شرعية مع بقائهما ظاهريا وقانونيا مرتبطين بالزواج الذى يصبح لا قيمه له. وكل ذلك لمنع تعدد الـــزوجات، فى الوقـــت الذى يباح فيه الطلاق وتباح المعاشرة الجنسية بدون زواج، لجميـــع النساء والرجال سواء كانوا متزوجين أو غير متزوجين، ويعدون ذلك وسيلة للتهرب من التزامات الزواج والارتباط بالأسرة التى هى نواة المجتمع وقاعدته .

〈عوده〉 ٣٢ـ *نظـريات في الإثـبات والـتعاقـد* ... وهذه مجموعة من النظريات التي جاءت بها الشريعة الإسلامية نعرضها تحت عنوان واحد؛ لأن القرآن جاء بها جميعا في آيـــة واحدة هي آية الدين ؛ ولأن بعضها يتصل بالبعض الآخر اتصالا وثيقا؛ ولأننا سنتكلم عنها فقط بالقدر الذي يبرز فيها مميزات الشريعة ...

وآيـــة الدين التي نعنيها هي قول الله ﷻ:﴿يأيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجـــل مسمى فاكتبوه وليكتب بينكم كاتب بالعدل ولا يأب كاتب أن يكتب كما عـــلمه الله فليكتب وليملل الذي عليه الحق وليتق الله ربه ولا يبخس منه شيئا فإن كـــان الذي عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشـــهداء أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا ولا تسأموا أن تكتبوه صغيرا أو كبيرا إلى أجله ذلكم أقسط عند الله وأقوم للشهادة وأدنى ألا تـــرتابوا إلا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم فليس عليكم جناح ألا تكتبوها وأشهدوا إذا تبايعتم، ولا يضار كاتب ولا شهيد وإن تفعلوا فإنه فسوق بكم واتقوا الله ويعلمكم الله والله بكل شيء عليم ﴾[البقرة:٢٨٢] ...

ونـــص الآية يشمل عددا من المبادئ التشريعية والنظريات الفقهية وسنبين أهمها فيما يلي:

۞ 32 – نظرية الاستشهاد وإشهار الصكوك والعقود وتوثيقها :

إن لى رأيـــا خاصا فى المبدإ الذى قررته آية الدَّين.الذى قد يفهم من أقوال فقيهنا اعتـــبار كل ما فيها مقررا لقواعد الإثبات،فى حين أننى أرى أنها أعم من ذلك وأبعد مـــدى لأن أول مـــا قـــررته أنها وضعت الأسس لنظرية عامة واسعة تنظم العلانية والإشهار فى الصكوك والعقود عن طريق إيجاب" الاستشهاد "عند التعاقد . ويقصد بالاستشهاد استحضار الشهود فى أثناء كتابة التعاقد لتوثيقه وإشهاره،وهذا هو أساس كـــثير مـــن المؤسســـات التى استحدثتها النظم الحديثة لتسجيل الإقرارات والعقود والصكوك وإشهارها، وبخاصة عقود الملكية العقارية فيما يسمى بالشهر العقارى الآن أو "كتابة عدل" فى بعض الدول.

يؤيد ذلك أن الآية فصلت إجراءات تحرير العقد بواسطة من يكتب بالعدل. ومازال الموثـــق الـــذى يحـــرر العقود والصكوك الرسمية يسمى "كاتب عدل" فى بعض بلادنا. وأمـــرت الآية القرآنية الكاتب أن يكتب كما علمه الله، وإن الذى يملى عليه هو من عـــليه الحق، بشرط أن يكون كامل الأهلية، فإن لم يكن كذلك فلابد من حضور وليه ليملي نيابة عنه وأن يستشهدوا شهيدين أو أكثر. كل هذا التفصيل خاص بعملية توثيق العقـــد أو الصك عند إنشائه، وهذا ما فهمه المسلمون فى جميع العصور، وعنوا دائما بالإشهاد على الصكوك وخاصة فى العقود المهمة مثل الوقف والزواج.

إنـــنا نـــرجو من "فقهائنا" أن يعيدوا النظر فى تفسير هذه الآية التى هى أطول آية فى القـــرآن الكريم، وطولها فى "نظرى" كان إشارة إلى أن عملية التوثيق والتسجيل وغيرها من النظريات التى ذكرتها الآية الكريمة سيكون لها فى المستقبل شأن أكبر بكثير مما كان لها فى الماضى، وأن على كل جيل أن يرجع إليها للاستفادة مما ورد فيها بما يناسب ظروفه .

والبعض يتساءل لماذا تكتفى الآية برجل واحد فى حين تطلب امرأتين؟ وقد أجاب على ذلك الإمام الشيخ شلتوت بقوله: (فى كتابه المشار إليه سابقا ص– 240) "الآية جـــاءت علي ما كان مألوفا فى شأن المرأة ... وإذا كان المتعاملون فى بيئة يغلب فيها اشـــتغال النســـاء بالمـــبايعات وحضور مجالس المداينات كان لهم الحق فى الاستيثاق (التوثيق) بالمرأة على نحو الاستيثاق (التوثيق) بالرجل متى اطمأنوا إلى تذكرها وعدم نسيانها على نحو تذكر الرجل وعدم نسيانه".

وقـــد استشهد بذلك الأستاذ الشيخ يوسف القرضاوى (فى كتابه مركز المرأة فى الحياة الإسلامية ص 20) وأيده، كما أشار إلى أن "مذهب عطاء – من أئمة التابعين – الأخذ بشهادة النساء".

۞ آية الدين أوجبت حضور الشهود للإشهار والتوثيق :

ومعـــنى ذلك أنه لا مانع من الاكتفاء فى الاستشهاد بالنساء دون الرجال – وأن امـــرأة واحدة تساوى رجلا متى تأكد خبرتها فى شئون المال وعدم تعرضها للنسيان الذى أشارت له الآية.

وقد بدأت الآية بتقرير مبدإ كتابة العقود، ولذلك جرى كثيرون على أن هذه الآية توجب الكتابة بصفة عامة عند التعاقد سواء أضيف إليها توثيق وتسجيل وإشهار أم لا. كمـــا أوجبت الاستشهاد أى إحضار شهود عند العقد، سواء كان مكتوبا أو شفويّا، وسواء تم توثيقه بواسطة كاتب يرتضيه الطرفان، أم قام بها أحد الطرفين .

وواجـــب الكـــتابة والتوثيق والاستشهاد كلاهما غايته توفير وسائل الإثبات التى يمكن تقديمها عندما يكون هناك خلاف أو تقاض. لكن البعض يظن أن معنى ذلـــك اعتـــبار الشهادة وسيلة وحيدة لإثبات وجود العقود أمام القضاء عند التـــنازع على ثبوتها أو تطبيقها فى نظرهم، أى أنها تأمر بإحضار الشهود لأداء الشـــهادة أمـــام القضاء. ويصل البعض إلى القول بأن القاضى لا يقبل من أدلة الإثبات إلا الشهود فى حين أننا لا نرى فى عبارتها ما يفهم منه أن القاضى يلزم الخصوم دائما إحضار شاهدين .

كما أن البعض يرى أنه لا يجوز له قبول أدلة غير الكتابة فى المسائل المدنية – أمـــا نحن فإن كل ما نراه هو أنها وضعت قاعدة للالتزام بتحمل الشهادة وإيجاد مؤسســـات الإشهار والتوثيق أثناء التعاقد وليس الإثبات فى أثناء التقاضى. بل يذهـــب فقيهنا إلى أبعد من ذلك، فيرى أنها توجب تعلم الكتابة ومحو الأمية.كل هـــذه أحكام تكليفية موجهة للمتعاقدين أو من ينشئون تصرفا قانونيّا، لكنها فى نظرى لاتحرم القاضى من الاقتناع بأدلة أخرى مثل القرائن .

إن القول بأن هذا النص يقصد به وجوب إحضار شهود لأداء الشهادة عند التقاضى إنما يضيق نطاق النص ويتجاوز المقصود الأصلى وهو الاستشهاد على الكتابة فى أثناء تحرير العقد لا عند وقوع النزاع أمام القضاء .

إنـــنى لا أوافـــق عـــلى ما لاحظته فى العمل أمام بعض المحاكم، من اعتبار الشـــهود هـــم الوسيلة الضرورية للإثبات ولا يغنى عنها غيرها من البينات أو القرائن أو الأدلة الأخرى بما فيها الكتابة ذاتها.

❁ الأصل هو مبدأ اقتناع القاضي فى الإثبات إلا إذا وجد نص استثنائي :

وقد سعدت عندما قرأت ما قاله الإمام "ابن القيم" فى كتابه "إعلام الموقعين"، إذ وســع فى نطاق البينات ولم يقصرها على الشهود بقوله: "حيثما ظهر وجه الحق فثم شرع الله".

وكـــثيرون شكوا من إصرار بعضُ القضاة على طلب الشهود (أىِّ شهود)، حتى أصــبح من المألوف الاستعانة بشهود محترفين يقفون أمام قاعات المحاكم ليستأجرهم أصــحاب الدعاوى لأداء الشهادة، رغم أنهم فى بعض الأحيان لا علاقة لهم بالواقعة الـــتى يشهدون عليها ولاعلم لهم بها، وبعض القضاة يقبلون ذلك رغم أنهم يعرفون، لكـــنهم يضطرون لذلك لاعتقادهم أنه لايوجد أى دليل آخر يغنى عن الشهود مثل بطاقـــات تحقيـــق الشخصية، أو الكتابة ذاتها، فأصبح إحضار شاهدين مجرد إجراء شكلى ضرورى لابد منه فى نظرهم فى بعض البلاد.

لقد هممت كثيرا بأن أستنكر هذا الفهم واستعنت بغيرى ودعوتهم لذلك وأولهم صديقى الدكتور / أحمد العسال[1] .

لكـــن الـــتجربة أقنعتنى أخيرا بضرورة التصدى لهذا الموضوع، لأن له أثرا كبيرا فى التحقيق الجنائى وفى تطبيق أحكام القانون الجنائى ذاته فيما يخص جواز الإثبات بالقرائن.

ونحـــن نرى أن فقيهنا أيد هذا فى البند التالى (33) حيث قال : "إن الوقائع المادية يجوز إثباتها بكل طرق الإثبات ... ".

ومن المعروف أن الإثبات فى القانون الجنائى موضوعه وقائع مادية (*).

(*) تعـــليق للأستاذ الدكتور "محمد سليم العوا" :- لقد بحثت موضوع الإثبات الجنائى فى كتابى "فى أصـــول النظام الجنائى الإسلامى" ص 301 – 318، وتبين لى أن الذى يذكره الفقهاء عادة عـــن وجـــوب الحكم بالشهود والاقتصار عليهم دليلا للإثبات الجنائى، وعن تقيد القاضى بما يشـــهدون به، كل ذلك موضع نظر، والإثبات الجنائى غير مقيد بقيد إلا اقتناع القاضى، وقد نقلت هناك كلام "ابن تيمية" عن هذا الموضوع وهو كلام نفيس، فينبغى الرجوع إليه.

(1) فقد اقترحت عليه فى عام "1965" عندما سافر لإعداد الدكتوراه فى جامعة "كيمبردج" أن يكون موضوع رسالته "الإثبات فى الفقه الإسلامى"، ووافق على ذلك، ثم عاد بعد عام معتذرا بأن الأستاذ الإنجليزى اقترح موضوعا آخر.

عوده ٣٣- نظرية "الإثبات" بالكتابة.... فرضت " الشريعة الإسلامية " الكتابة -٥٥- وسيلة لإثبات الدين المؤجل سواء كبرت قيمة الدين أو صغرت وذلك قوله ﷻ:﴿يأيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه﴾. وقوله ﷻ : ﴿ولا تسأموا أن تكتبوه صغيرا أو كبيرا إلى أجله﴾. ويدخل تحت لفظ الدين كل التزام أيا كان نوعه؛ لأن الالتزام ليس إلا دينا في ذمة الملتزم للملتزم له، فيدخل تحت لفظ الدين القرض والرهن والبيع بثمن مؤجل والتعهد بعمل وغير ذلك (١) ...

أما التصرفات التي تتم في الحال فليس من الواجب كتابتها مادام كل متعاقد قد وفّى بالتزاماته واستوفى حقوقه كمن يشتري شيئا من آخر ويتسلمه ويسلمه الثمن في الحال، ومثل هذه التصرفات يجوز إثباتها بغير الكتابة مهما بلغت قيمتها إذا أثبتت

الصدر ... تعليق "رقم -٥٥-" اختلفت آراء فقهاء المذهب الجعفري في الأمر بالكتابة المذكور في الآية المباركة، فذهب قوم إلى أن المراد منه الوجوب تمسكا بظاهر الأمر، فإن الرأي السائد بين فقهاء المذهب الجعفري أن الأمر يحمل على الوجوب ما لم تقم قرينة على أن المراد منه معنى آخر، وذهب آخرون إلى أن المراد منه الاستحباب للسيرة القطعية على عدم التزام الكتابة الكاشفة عن عدم الوجوب، وذهب آخرون إلى أنه إرشاد لحكم العقل برجحان الكتابة. كما اختلف في حكم الكتابة والإشهاد المذكور في الآية المباركة بقية علماء المسلمين، وإليك ما ذكره الفخر الرازي في تفسيره الكبير حيث قال : "فقد اختلفوا فيه، فقال قوم بالوجوب وهو مذهب "عطاء وابن جريح والنخعي" واختيار "محمد بن جرير الطبري". وقال النخعي يشهد ولو على "دستجة بقل". وقال آخرون هذا الأمر محمول على الندب، وعلى هذا جمهور الفقهاء المجتهدين والدليل عليه أنا نرى جمهور المسلمين في جميع ديار الإسلام يبيعون بالأثمان المؤجلة من غير كتابة ولا إشهاد، وذلك إجماع على عدم وجوبهما ولأن في إيجابهما أعظم التشديد على المسلمين والنبي ﷺ يقول بعثت بالحنيفية السهلة السمحة ...

الشاوي ... رأينا في هذا التعليق "رقم - ٥٥-" وبعده ورقم -٥٧- على البندين (٣٣+٣٤) يرجح السيد الصدر أن المراد من صيغة الأمر بالكتابة والإشهار مجرد الاستحباب لا الوجوب، ويستشهد على ذلك بأدلة عديدة ... ونحن لا نرى داعيا للجدل الطويل حول الوجوب وعدم الوجوب في كتابة العقود ويغنينا عنه ما قاله فقيهنا من أن النص عام ومرن، ولذلك يمكن أن يتسع لأي حكم اجتهادي تقتضيه المصلحة بوضع شروط للوجوب، وأجمل ما استنبطه فقيهنا هو أن الواجب الأول هنا هو تعلم الكتابة، وهذا هو الواجب الذي نحتاج إليه اليوم لمحو الأمية ...

---

(١) كذلك يمكن قياس أي التزام على الدين إذا احتفظ لكلمة الدين بمعنى القرض؛ لأن كليهما شيء مقوم التزم به بعد مضي أجل معين ...

﴿عوده﴾ باعتبارها وقائع لا باعتبارها التزامات؛ لأن الوقائع المادية يجوز إثباتها بكل طرق الإثبات ...

وظاهر من النص الذي فرض الكتابة أنه نص عام ومرن إلى حد بعيد، وأنه يصلح للتطبيق اليوم كما كان صالحا من ثلاثة عشر قرنا، كما سيكون صالحا للمستقبل البعيد، وهذه إحدى مميزات الشريعة التي هيأتها لتكون غير قابلة للتعديل والتبديل..

ويوم نزل هذا النص على رسول الله ﷺ كان العرب أميين يعيشون في أعماق البادية وفي خشونة من العيش، وأمثال هؤلاء تقل بينهم المعاملات بحيث لا تحتاج إلى تشريع خاص. ولو أن الشريعة كانت كالقانون تأتي على قدر حاجة الناس، لما جاء بها شيء خاص بإثبات الالتزامات، أو لجاء بها من الأحكام ما يتفق مع أمية العرب وجهالتهم، أما أن تجيء الشريعة على هذا الوجه فتفرض على الأميين كتابة الصغير والكبير، فذلك هو السمو الذي تتميز به الشريعة الكاملة الدائمة ...

فرضت الشريعة الإسلامية الكتابة بين الأميين لتحملهم على أن يتعلموا فتتسع مداركهم وتتثقف عقولهم، ويحسنوا فهم هذه الحياة الدنيا فيصبحوا "وقد تعلموا" أهلا لمنافسة الأمم الأخرى وللتفوق والسيطرة عليها. وهذه أغراض اجتماعية وسياسية بحتة. أما الغرض القانوني فهو حفظ الحقوق وإقامة الشهادات والابتعاد عن الريب والشكوك...

فالشريعة حين أوجبت الكتابة في الصغير والكبير جاءتنا بنظرية عظيمة ذات وجوه سياسية واجتماعية وقانونية، وهذه النظرية التي نزل بها القرآن على الرسول في القرن السابع الميلادي هي من أحدث النظريات في القوانين الوضعية، وفي المذاهب الاجتماعية الحديثة، فالدول قد بدأت من أواخر القرن التاسع عشر وأوائل القرن الحالي تفرض على شعوبها أن يتعلموا تعليما إجباريا رجالا ونساء، وهذا الذي تفرضه الدول على الشعوب إنما هو تطبيق للنظرية الإسلامية في ناحيتيها السياسية والاجتماعية. وقد بدأت الدول تأخذ بالناحية القانونية من النظرية في أواخر القرن الثامن عشر وأوائل القرن التاسع عشر، حين اشترط القانون الفرنسي الذي أخذت عنه القوانين الأوروبية، أن يكون الدين مكتوبا إذا زاد عن مقدار معين، ولكن شراح القانون رأوا أن نظرية الإثبات بالكتابة تكون أكمل وأكثر توفيقا لو اشترطت الكتابة في الصغير والكبير، وظلوا ينادون برأيهم هذا حتى حققته أخيرا بعض دول أوربا، ولا يزال الشراح في الدول الأخرى ينادون به ويأملون تحقيقه. وإذن فأحدث نظريات الإثبات في عصرنا الحاضر هي نفس نظرية الشريعة الإسلامية أخذت بها بعض القوانين الوضعية، ولايزال الشراح في بعض الدول يطالبون دولهم أن تأخذ بها ...

۞ 33 – نظرية الإثبات بالكتابة :

ما قاله فقيهنا هنا بصدد مبدإ وجوب الكتابة عند إنشاء التصرفات والعقود يؤيد ما ذكرناه فى تعليقنا على البند السابق. فقد ذهب إلى أنه قصد بوجوب الكتابة إلزام أفـراد المجـتمع البدوى من الأميين فى عهد الرسول (ﷺ) بأن يتعلموا الكتابة حتى يحـرروا صـكوكا بالتصـرفات والعقود، وأوجب على المتعلمين أن يؤدوا واجب مساعدة غيرهم بأن يحرروا لهم الصكوك لإثبات التصرفات ؛ بل ذهب النص القرآنى إلى حـد إلـزامهم بـأن يكتبوا ما يمليه من عليه الحق، أو وليه أو وصيه إذا لم يكن راشـدا. وقـد بنى على ذلك قوله بأن الشريعة سبقت جميع النظم إلى وجوب تعلم الـناس الكـتابة، وأن ما يسمونه الآن وجوب "محو الأمية" إنما هو تطبيق لهذا المبدإ الـذى فرضه القرآن منذ أكثر من أربعة عشر قرنا، كل ذلك يدل فى نظرنا على أن المقصود الأول من النص هو الدعوة لتوثيق العقود وإعداد الدليل فى أثناء إجراءات الـتعاقد أو التصرف، وقبل حدوث أى نزاع أو تقاض بشأنه حتى يسد الباب على حدوث النزاع ويتفادى عرضه أمام القضاء، "فيما بعد"، فهى عملية إعداد كتابة أو توثيق وتسجيل وإعلان وإشهار للتصرف لامجرد قاعدة من قواعد الإثبات كما يفهم البعض .

وهـو عـلى حق فى الإشارة إلى مرونة النص وتعدد مراميه وأهدافه، وأنه يزود المجـتمعات الإنسانية بما تحتاج إليه من أحكام لما يستجد لها من ظروف بدليل أنه بدأ بمحو الأمية التى مازالت مشكلة تواجه كثيرا من الشعوب حتى الآن .

ولفظ الدين الوارد فى النص واسع عام، يدخل فى نطاقه جميع الالتزامات والحقوق بمـا فى ذلك الحقوق العينية والتصرفات المتعلقة بها، بل هى أولى من غيرها بالكتابة كما هو معروف .

(عوده) ٣٤ ـ *نظرية إثبات الدين التجاري* ... اشترطت الشريعة "كما بينا" الكتابة لإثبات الدين سواء كان الدين صغيرا أو كبيرا، ولكنها استثنت من هذا المبدإ العام الدين التجاري[1]، وأباحت إثباته بغير الكتابة من طرق الإثبات وذلك قوله ﷻ : ﴿إلا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم فليس عليكم جناح ألا تكتبوها﴾. والعلة في استثناء الديون التجارية من شرط الكتابة-٥٦- أن الصفقات التجارية تقتضي السرعة ولا تحتمل الانتظار، ولأن المعاملات التجارية أكثر عددا وتكرارا وتنوعا، فاشتراط الكتابة فيها يؤدي إلى الحرج وقد يضيع فرصة الكسب على المشتري أو يعرض البائع للخسارة، ومن أجل هذا لم تقيد الشريعة المعاملات التجارية بما قيدت به المعاملات المدنية من اشتراط الكتابة.

والنص المقرر لهذه النظرية عام ومرن إلى آخر الحدود بحيث لا يحتاج على مر الأزمان تعديلا أو تبديلا، وليس أدل على ذلك من صلاحيته لوقتنا الحاضر مع أنه نزل منذ أكثر من ثلاثة عشر قرنا ...

ومن يعرف شيئا عن تاريخ العرب وحالهم وقت نزول النص يعلم أن النص لم ينزل مجاراة لحال الجماعة أو تمشيا مع ما وصلت إليه، وإنما كان نزول النص ضرورة لتكميل الشريعة الدائمة الكاملة ولرفع مستوى الجماعة وتوجيههم الوجهة الصالحة..

وليس أدل على سمو الشريعة وكمالها من أن نظرياتها في إثبات الدين التجاري هي نفس النظرية السائدة اليوم في القوانين الوضعية الحديثة، وأنها تعتبر أحدث ما وصل إليه القانون الوضعي في عصرنا الحاضر ...

٣٥ ـ *نظرية حق الملتزم في إملاء العقد* ... جاءت الشريعة الإسلامية بمبدإ عام أوجبته في كتابة العقود هو أن يملي العقد الشخص الذي عليه الحق أو بمعنى آخر أضعف الطرفين. والمقصود من هذا المبدإ العام هو حماية الضعيف من القوى، فكثيرا ما يستغل القوي مركزه فيشترط على الضعيف شروطا قاسية فإن كان دائنا مثلا قسا على المدين، وإن كان صاحب عمل سلب العامل كل حق واحتفظ لنفسه بكل حق، ولا يستطيع المدين أو العامل أن يشترطا لنفسيهما أو يحتفظا بحقوقهما لضعفهما، فجاءت الشريعة وجعلت إملاء العقد للطرف الضعيف لتحفظ به حقوقه، ولتحميه من التورط، ولتكون شروط العقد معلومة له حق العلم، وليقدر ما التزم به حق قدره..

(الصدر) ... تعليق "رقم -٥٦-" إن قلنا بوجوب كتابة سواها ...

(١) استثنت الشريعة أيضا من الإثبات بالكتابة حالة الضرورة وذلك قوله ﷻ:﴿وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة فإن أمن بعضكم بعضا فليؤد الذي اؤتمن أمانته﴾. البقرة (٢٨٣) .

<عوده> وهــذه الحالــة التي عالجتها الشريعة من يوم نزولها هى من أهم المشكلات القانونية في عصرنا الحاضر، وقد برزت في أوربا في القرن الماضي على أثر نمو النهضة الصــناعية وتعــدد الشــركات وكثرة العمال وأرباب الأعمال. وكان أظهر صور المشكلة أن يستغل رب العمل حاجة العامل إلى العمل أو حاجة الجمهور إلى منتجاته فيفرض على العامل أو على المستهلك شروطا قاسية يتقبلها العامل أو المستهلك وهو صــاغر، إذ يقــدم عقد العمل أو عقد الاستهلاك مكتوبا مطبوعا فيوقعه تحت تأثير حاجــته لــلعمل أو حاجته للسلعة، بينما العقد يعطي لصاحب العمل كل الحقوق ويرتب على العامل أو المستهلك كل التبعات ...

فذلك العقد الذي نسميه اليوم في اصطلاحنا القانوني "عقد الإذعان" ...

وقد حاولت القوانين الوضعية أن تحل هذا المشكل، فاستطاعت أن تحله بين المنتج و"المستهلك" بفرض شروط تحمي المستهلك من المنتج، وبتعيين سعر السلعة. ولكنها لم تســتطع أن تحــل إلا بعض نواحي المشكلة بين أصحاب الأعمال والعمال، مثل إصابات العمال والتعويضات التي يستحقها العامل إذا أصيب أو طرد من عمله؛ لأن الــتدخل بــين صــاحب العمل والعامل في كل شروط العمل مما يضر بسير العمل والإنــتاج. وبقيــت للمشــكلة نــواح مهمة، فأجر العامل وساعات العمل ومدة الإجــازات وغيرهــا يحاول العمال من ناحيتهم حلها بتأليف النقابات والاتحادات وتنظــيم الإضرابات. ويرى العمال أن حل مشكلاتهم لن يتأتى إلا إذا كان لهم حق إملاء شروط عقد العمل، ويظاهرهم على ذلك بعض المفكرين والكتاب. فهذا الحق الــذي يطالب به العمال في كل أنحاء العالم والذي أضرب العمال من أجله وهددوا السلم والنظام في دول كثيرة في سبيل تحقيقه، هذا الحق الذي حقق القانون الوضعي بعضــه ولم يحقق بعضه الآخر، والذي يأمل العمال أن يتحقق كله إن قريبا أو بعيدا. هــذا الحــق قررته الشريعة الإسلامية كاملا للضعفاء على الأقوياء وللملتزمين على الملــتزم لهــم، وجاء به القرآن في آية الدين في قوله ﷻ: ﴿وليملل الذي عليه الحق وليــتق الله ربــه ولا يبخس منه شيئا فإن كان الذي عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل﴾ ...

وظاهر أن صيغة النص بلغت من العموم والمرونة كل مبلغ ...

وهذا هو الذي جعل الشريعة تمتاز بأنها لا تقبل التغيير والتبديل ...

ووجــود هذا النص في الشريعة دليل بذاته على سموها وكمالها ورقيها وعدالتها، فقد جاءت به منذ أكثر من ثلاثة عشر قرنا، بينما القوانين الوضعية لم تصل إلى تقرير مثله حتى الآن مع ما يدعى لها من الرقي والسمو ...

34 - 35 - نظرية التوسع فى وسائل الإثبات فى المعاملات التجارية وحق الملتزم فى إملاء شروط العقد :

إنـــنا نـــرى فى عصــــرنا الحاضـــر تطورات كثيرة فى المعاملات التجارية، استلزمت الاســـتفادة بوســـائل التراسل والاتصال المستحدثة مثل "التلكس والفاكس"، فضلا عن الرســـائل البرقية والتليفونية عبر حدود الأقطار والقارات فى جميع أنحاء العالم، وأكثر من ذلـــك ممـــا يتوقع استحداثه فى المستقبل مما هو أدق من ذلك وأسرع لتبادل المعلومات ولتســـهيل المعاملات التجارية وسرعة إتمامها وسهولة إثباتها حتى وصل الأمر إلى الاكتفاء بالدفاتر التجارية وسجلات البنوك ... إلخ .

هـــذا كله يؤكد مدى دقة النصوص القرآنية وأهدافها البعيدة، فقد استثنت الآية الكريمة المعاملات التجارية مما فرضه القرآن من واجب الكتابة والإشهار والتسجيل لـــلعقود والتصـــرفات "منعا للنزاع والخصام بشأنها فى المستقبل". والتأمل فى مدى مرونتها يؤكد مصدرها الإلهى الذى عدَّه فقيهنا دليلا على أن مبادئ الشريعة لم تكن ثمـــرة لأوضاع المجتمع فى عصر الرسالة، ولافى أى عصر آخر من العصور، بل هذا دليل آخر على ما أراده الله لأصولها ونظرياتها من خلود وثبات ومرونة تجعلها صالحة للتطـــبيق فى كل زمان ومكان، الأمر الذى يشير إليه "فقيهنا" فى كل مناسبة ويؤكده ويـــورد الدليـــل تلو الدليل عليه. ولذلك عَدَّ هذا النص أساسا لنظرية خصبة وليس مجرد استثناء من قاعدة الإثبات بالكتابة .

ونحـــن نؤيـــده فيما قاله من أن ذلك السمو والكمال لمبادئ شريعتنا ونظرياتها لا يعنى مطلقا جمودها طالما أن التجديد هو من أهم أصولها وأول خصائصها عن طريق الاجـــتهاد والإجماع الذى يثرى أحكامها بكل ما يلزم لمواجهة ما يجد من مشكلاتنا تقتضيها ظروف الزمان والمكان .

* * *

مـــرة أخرى نؤيده فى الإشادة بالحكمة البعيدة التى ترمى إليها النصوص القرآنية الـــتى يجـــب عَدُّها أساسا لنظريات تتسع لمواجهة المشكلات المستقبلية التى لم يكن المفسرون يتوقعونها من قبل فى عهد الرسالة أو العصور التاريخية السابقة المتوالية .

❁ حماية الطرف الضعيف فى عقود الإذعان :

ثم إنـــه بيَّن أهمية ما قرره القرآن من أن الذى عليه الحق هو الذى يجب أن يتولى إملاء شروط التعاقد أو التصرف على كاتبه،وقال إن هذا المبدأ يعالج مشكلة أوجدتها ظروف استحدثتها المدنية المعاصرة أخيرا وسوف تزداد أهميتها فى المستقبل، وهى التى يشير إليها الفقه المعاصر بشأن عقود الإذعان التى تُعدها الشركات الكبرى وشركات القطـــاع العام والمؤسسات العالمية (يشار إليها اليوم بالشركات متعددة الجنسيات) وتفرض شروطها على العمال أو المستهلكين. وقدجرت على أن تضع شروط العمل والتزامات العمال وشروط التعاقد مقدما، وكذلك مواصفات الإنتاج، وتفرض كل شـــروطها عـــلى الطرف الآخر، ويلتزم المستهلك أو المشترى أو العامل أو الموظف بالخضوع لها بسبب ما تتمتع به من قوة مالية تنتج عادة عن احتكار فعلى أو سيطرة على السوق بحكم الواقع أو حتى بحكم القانون .

فى مواجهـــة هذه المشكلة وعلاجا لها قد بيَّن أن النص القرآنى قد أعطانا الأساس الـــذى يجـــب أن تبنى عليه نظرية كاملة تزودنا بالحلول والأساليب والمبتكرات التى نســـتطيع بها حماية المتعاقد الذى يمثل الطرف الضعيف فى مثل هذه العقود، وقد ذكر مـــن أمثلـــتها تدخل الفقه أو "المشرع" أو المؤسسات النقابية لإصدار قواعد آمرة تفرض شروطا ملزمة للطرفين فى مثل هذه العقود، وهدفها الأول هو الحد من تغول الأطراف القوية فى عقود الإذعان واستغلالها لقوتها الاقتصادية أو احتكارها الفعلى أو القـــانونى لكى تفرض فى العقد شروطا لصالحها تضر بالطرف الآخر الأضعف منها، وتـــتجاهل مصـــالحه وحقوقه، وبذلك تحمى مصالح العمال والمستخدمين، وكذلك مصالح جمهور المستهلكين والمتعاملين معها من صغار التجار والشركات والأفراد .

هـــذا هـــو قصد "فقيهنا"من اعتبار هذه العبارة التى اشتملت عليها الآية الكريمة أساســـا لنظرية واسعة شاملة وليست مجرد حكم فرعي أو قاعدة أو مبدإ قانونى كما يظـــن القارئ السطحى. "ونحن نرى" أن هذا هو مايجب البحث عنه فى جميع نصوص القرآن والسنة؛ لأن فيها معانى ومقاصد لاتظهر لنا إلا عند مراجعتها بقصد استنباط أحكام جديدة أو المفاضلة بين الآراء العديدة والمذاهب المختلفة سواء منها القديمة أو الجديدة، وذلك عندما تحدث ظروف اجتماعية أو اقتصادية أو سياسية جديدة لم يعرفها

۞ نموذج لاستنباط النظريات من حكم فرعى :

أسـلافنا أو لم يتوقعوها برغم ما وصلوا إليه من عبقرية، وما بذلوه من جهد فى بناء صرح فقهنا العظيم الذى نعتز به ونفخر به دائما، لكن هذا الاعتزاز والفخر لايعفينا من البحث لمواجهة المشكلات المستحدثة.

إن إيمانـه بسـمو الشـريعة ومرونتها وخلودها قد أدى به إلى فتح باب التنظير والسير فيه بجد ومقدرة عالية عندما قرر أن هذه النصوص القرآنية ليس المقصود بها مجرد أحكام فرعية أو قواعد أو مبادئ قانونية كما يظن البعض، بل هى أيضا أصول ثابتة لنظريات خصبة واسعة ومرنة يجب علينا أن نتعمق أهدافها ومقاصدها لكى تفتح لـنا أبوابـا للتجديد فى أحكام الفقه وإثرائها وتطويرها لكى تواجه ما يستحدث فى المعـاملات والمجـتمعات فى الحاضـر والمستقبل من معضلات ومشكلات وقضايا لم يواجهها فقهنا فى العصور الماضية .

﴿عوده﴾ ٣٦ـ *نظرية تحريم الامتناع عن تحمل الشهادات* ... حرمت الشريعة على الإنسان أن يدعى للشهادة فيمتنع عنها، أو أن يشهد واقعة فيكتمها، أو يذكرها على غير حقيقتها وقد نص على الحالة الأولى في آية الدين في قوله ﷻ : ﴿ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا﴾. والمقصود إباؤهم حينما يدعون ليشهدوا تصرفا ما أو واقعة معينة، فالنص جاء خاصّا بتحمل الشهادة وليس خاصّا بأدائها. أما الحالتان الثانية والثالثة، فقد نص عليهما في قوله ﷻ : ﴿ولاتكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه﴾ [البقرة:٢٨٣]. وفي قوله ﷻ : ﴿يأيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين إن يكن غنيا أو فقيرا فالله أولى بهما فلا تتبعوا الهوى أن تعدلوا وإن تلووا أو تعرضوا فإن الله كان بما تعملون خبيرا﴾ [النساء:١٣٥]. والنصان الأخيران خاصان بتحريم كتمان الشهادة أو الامتناع عن أدائها وبتحريم شهادة الزور ...

والقوانين الوضعية اليوم تأخذ بنظرية الشريعة في تحريم شهادات الزور أو كتمان الشهادة، ولكنها لم تصل بعد إلى تحريم الامتناع عن تحمل الشهادة، ولاشك في أن الشريعة تتفوق على القوانين الوضعية من هذه الوجهة، فإن المصلحة العامة تقضي بالتعاون على حفظ الحقوق وبتسهيل المعاملات بين الناس، والامتناع عن تحمل الشهادة يفضي إلى تضييع الحقوق ويؤدي إلى تعقيد المعاملات وبطئها. وهناك عقود لابد فيها من حضور الشهود كعقد الزواج-٥٧- ...

فإذا كان الامتناع عن تحمل الشهادات مباحا تعطلت هذه العقود ...

ومن يـر النصوص التي جاءت في تحريم الامتناع عن تحمل الشهادة أو في تحريم كتمانها أو تغييرها يعلم مدى ما بلغته هذه النصوص من العموم والمرونة ويفهم العلة في أن الشريعة لا تقبل التعديل أو التبديل ...

ومن يقارن الشريعة الإسلامية بالقوانين الوضعية يعلم مدى ما وصلت إليه الشريعة من السمو والكمال، ويتبين أن نصوص الشريعة لم ترد مسايرة لحال الجماعة وإنما وردت لتكمل الشريعة بما تحتاج إليه الشريعة الكاملة الدائمة، ولترفع مستوى الجماعة حتى تقترب من مستوى الشريعة الكامل ...

(الصدر) ... تعليق "رقم -٥٧ " وقد بينا آراء فقهاء المسلمين سابقا فراجع ...

〈عوده〉 ٣٧ ـ *أحكام أخرى في آية الدين* ... هذه أربع نظريات جاءت بها آية واحدة من القرآن هى آية الدين أخذت القوانين الوضعية الحديثة باثنين منها وبدأت تأخذ بالثالثة ولم تأخذ بعد بالرابعة، وليست هذه النظريات الأربع هى كل أحكام آية الدين، وإنما هى بعض أحكامها، فالآية تشترط أن يكون الكاتب محايدا عدلا عالما بأحكام الشريعة فيما يكتبه، وتوجب عليه ألا يمتنع عن الكتابة، وتشترط أن يشهد على سند الدين رجلان أو رجل وامرأتان وتوجب عدم الإضرار بالكاتب أو الشاهد، وهذه كلها مبادئ عامة لا نستطيع أن نستعرضها جميعا في هذا الكتاب الذي خصصناه للمبادئ العامة الجنائية، وإذا كنا قد تكلمنا عن نظريات دستورية واجتماعية وإدارية ومدنية، فإنما قصدنا من ذلك أن نبين أن نصوص الشريعة في كل ما جاءت فيه تتميز بالكمال والسمو والدوام حتى لا يظن البعض أن هذه المميزات تتوافر في قسم دون آخر من الشريعة–٥٨– ...

٣٨ ـ *تذكير* ... وقبل أن أنتقل إلى موضوع البحث أحب أن أقول للمسلمين الذين يعتقدون "خطأ" أن الشريعة الإسلامية لا تصلح للتطبيق في عصرنا الحاضر أحب أن أقول لهؤلاء : إن هذه العقيدة لا تتفق مع عقيدة الإسلام الذي يدّعونه

[الصدر] ... التعليق "رقم –٥٨–" الرأي السائد بين فقهاء المذهب الجعفري عدم اشتراط الشهادة في عقد الزواج، ووافقهم على ذلك "أبو ثور" وجماعة من فقهاء المسلمين ...

ويكفي دليلا على عدم اشتراط الشهادة إطلاق الأدلة غير المقيدة بالشهادة مع ضعف ما استدل به على اشتراطها. فقد استدل على ذلك أولا بما جاء عن ابن عباس من أنه قال : "لا نكاح إلا بشاهدي عدل و ولي مرشد" ولكن هذه الرواية لا يمكن اعتمادها؛ لأن ابن عباس لم يرفعها إلى النبي ﷺ فلعلها من فتاواه فلا تكون حجة على غيره من الفقهاء،مع أن الخبر ضعيف السند لما ذكره ابن رشد في كتابه بداية المجتهد عن الدارقطني من أن في سنده مجاهيل. أما ما استدل به ثانيا وهو ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: "أعلنوا هذا النكاح واضربوا عليه بالدفوف". فلا يمكن الاستدلال به للوجوب، ولو ثبت اعتبار الرواية لأن الإعلان غير الإشهاد؛ ولأن الأمر بضرب الدفوف ليس للوجوب قطعا فلا يبقى في الأمر بالإعلان ظهور في الوجوب ...

[الشاوى] ... رأينا في "تعليق –٥٨–" السيد "الصدر" يقدم لنا هنا الحجج التي استندوا إليها للتفرقة بين وجوب علانية الزواج، "وهو أمر متفق عليه بين السنة والشيعة"، وبين إيجاب حضور الشهود الذي يشترطه جمهور مذاهب السنة لصحة انعقاد الزواج ...

<عوده> ويحرصـــون على التمسك به، وأن عليهم أن يذكروا قوله ﷻ : ﴿أفتؤمنون بـــبعض الكتاب وتكفرون ببعض فما جزاء من يفعل ذلك منكم إلا خزي في الحياة الدنيا ويوم القيامة يردون إلى أشد العذاب وما الله بغافل عما تعملون﴾ [البقرة:٨٥].
وليعـــلم هؤلاء أن سبب تأخرنا وانحطاطنا هو أننا لم نطبق الشريعة تطبيقا عادلا ولا كاملا في عهودنا المظلمة المتأخرة، وأن حكامنا من الأتراك والمماليك كانوا يحكّمون هواهـــم في كل ما يهتمون به، ويحكمون الشريعة فيما لا يضرهم ولا ينفعهم. وإذا كان سبب تأخرنا هو إهمال الشريعة، وترك أحكامها فلن يجدينا الأخذ بالقوانين شيئا، بل سيزيدنا تأخرا على تأخر، وانحطاطا على انحطاط، وإنما علاجنا المجدي هو القضاء على سبب التأخر والعودة لأحكام الشريعة ...

لقد طبق آباؤنا بعض أحكام الشريعة دون البعض الآخر، وآمنوا ببعض الكتاب وكفروا ببعضه؛ فصدقهم الله وعده: ﴿إن وعد الله حق﴾، وأخزاهم في الحياة الدنيا، وجئنا نحن على آثارهم نتبعهم ونؤمن إيمانهم، فأخزانا الله كما أخزاهم، وسلط علينا كما سلط عليهم وجعلنا عبرة لأولي الألباب، ولن يغير الله ما بنا حتى نغير ما بأنفسنا وقلوبنا ونؤمن بالكتاب كله. ذلك وعد الله، والله يقول الحق وقد قال ﷻ : ﴿إن الله لا يغير ما بقوم حتى يغيروا ما بأنفسهم﴾ [الرعد:١١] ...

لقـــد آمن المسلمون الأوائل وحسن إيمانهم فمكن الله لهم في الأرض، وإن الذي مكـــن لهم على قلتهم وضعفهم قادر أن يمكن لنا في الأرض إذا آمنا وحسن إيماننا. ذلـــك وعد الله لعباده في قوله ﷻ : ﴿وعَد الله الذين آمنوا منكم وعملوا الصالحات ليستخلفنهم في الأرض كما استخلف الذين من قبلهم ﴾ [النور:٥٥]. وذلك وعده لمـــن اتبع كتابه وتمسك بشريعته حيث يقول ﷻ : ﴿قد جاءكم من الله نور وكتاب مبين ۞ يهدي به الله من اتبع رضوانه سبل السلام ويخرجهم من الظلمات إلى النور بإذنه ويهديهم إلى صراط مستقيم﴾[المائدة ١٥، ١٦] ...

❁ 36- 38- نظرية التزام الفرد بتحمُّل الشهادة وأدائها ليس معناها تقييد سلطة القاضي وأهمية التنظير وضرورة التنسيق بين النظريات ودعوتنا لمواصلة مرحلة التنظير:

إن حبه للشريعة وإعجابه بمبادئها وأحكامها قد مكناه من استنباط نظريات واسعة وخصبة من النصوص التى جرى البعض على عَدِّها مجرد أحكام تكليفية أو فرعية أو توصيات أخلاقية أو قواعد سلوكية، كما يظهر للقارئ العادى من النظريات التى استنبطها من العبارات التى استخرجها من آية الدَّين فى سورة البقرة.

قوله إن المقصود الأول من النص هو واجب الأفراد جميعا فى تحمُّل الشهادة، أى الاستجابة لمن يستشهدهم على صك أو تعاقد أو تصرف عند إنشائه، إنما يؤكد ما أشرنا إليه فى تعليقنا على البند (32) وما بعده من أن هذه الآية الطويلة ليست خاصة بقواعد الإثبات عند التقاضى أو التخاصم، وإنما قصد بها وجوب إعداد وسائل أو مؤسسات لإشهار التصرفات والعقود وتوثيقها عند إنشائها سدًّا لأبواب النزاع والخصام التى تطرأ فيما بعد. والآن قد استطرد حتى توصل إلى الإقرار بما قدمناه من قبل من أن الاستشهاد يقصد به أحكام تحمل الشهادة عند إنشاء العقد، ودليل ذلك تأكيده: "أن النص جاء خاصا بتحمل الشهادة، أما أداء الشهادة أمام القضاء فذلك مستفاد من نصوص أخرى أشار لها مثل قوله ﷻ: ﴿ولاتكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه﴾[سورة البقرة:283].

واضح فى هذه الآية [البقرة: 283] والأخرى سورة [النساء : 135] أن الخطاب موجه للشاهد عندما يدعى لأداء الشهادة، وليس موجها للقضاء يأمره بألا يحكم إلا بناء على شاهد أو اثنين أو أكثر فى جميع الأحوال كما يفهم البعض ــ ولانوافق على اتخاذهما أساسا لحرمان القاضى من الاقتناع بأدلة أخرى غير الشهود.

الخلاصة أننا نعتبر قواعد الإثبات أمام القضاء يرجع فيها أولا إلى القواعد العامة فى الأدلة الإقناعية ولايستثنى من ذلك إلا بناء على نص صريح ولا نعتبر أن هذه الآية قد غيرت هذا المبدأ أو أدخلت عليه استثناء ...

* * *

نؤيد إشارته إلى أن هذه الآية الواحدة من القرآن الكريم لم تقتصر على النظريات الأربع التى عرضها، بل مازالت تقرر مبادئ أخرى، هى فى نظره نظريات يجب التوسع فيها والاستفادة منها. وهذا يؤكد أن آيات كثيرة أخرى فى القرآن، بل والأحاديث النبوية تؤخذ نصوصها فى نظر البعض على أنها "أحكام فرعية" فقط. يجب أن يعاود الفقه فى الحاضر والمستقبل تفسيرها والتعمق والتوسع فى دراستها ليستنبط منها نظريات كبرى متميزة تفتح لنا أبواب الاجتهاد فى الحاضر والمستقبل، وما قدمه لنا من نظريات أشرنا إليها ليس إلا نموذجا يجب احتذاؤه والتوسع فيه .

❁ هذه نماذج النظريات التشريعية ـ وهي أوسع من النظريات الفقهية الخاصة بكل مذهب:

وفى رأينا أن "التنظير" ليس إلا توسعا فى "القياس" الذى سار فقهاء كثيرون على حسبانه شاملا لكل صور "الاجتهاد" فى الفقه. ونرى نحن أن استنباط نظريات عامة ليس إلا إعمالا لمبدإ القياس والاجتهاد وتوسيع نطاقه فى هذه المرحلة التى نحتاج فيها إلى أحكام كثيرة مستحدثة .

ونلاحظ أنه أشار هنا إلى أنه تكلم عن نظريات ومبادئ دستورية واجتماعية وإدارية ومدنية ... ونضيف أنها فى الواقع مبادئ ونظريات تشريعية شاملة، لها آثارها فى كل الأحكام الفرعية فى جميع أقسام التشريع بما فى ذلك التشريعات الجنائية والإجراءات الجنائية. وعلينا نحن ومن بعدنا أن نراعى ذلك فى دراستنا لتلك الأحكام.

النظريات التشريعية التى عرضها وما يمكن أن يستنبطه من يسيرون على نهجه ليست محدودة فى نطاق فرع معين من فروع الفقه، بل إن مفعولها يمتد إلى جميع فروع التشريع ومجالاته، ويجب مراعاة أثر كل منها عند تطبيق النظريات الأخرى والتنسيق بينها ولو اقتضى الأمر تحديد نطاق واحدة منها بما تفرضه النظريات الأخرى.

مثال ذلك أن نظرية الحريات لا يمكن أن تتجاهل نظرية تضامن الأسرة ووحدتها فى شريعتنا، وما فرضته لجعلها نواة المجتمع وخليته الأولى التى تضمن بقاءه بإمداده بأجيال متوالية من الذرية الصالحة، لذلك جعلها الإطار الشرعى الوحيد للمعاشرة الجنسية وتحريم كل اتصال جنسى خارج نطاقها والمعاقبة عليه بحسبانه جريمة زنا أو فاحشة. لذلك فإن العلاقات الجنسية خارج نطاق الأسرة الشرعية القائمة على زواج الرجل والمرأة لا يجوز عَدُّها ضمن الحريات كما هو حادث فى المجتمعات الغربية، التى تحاول فرض هذا الاتجاه على المجتمعات الناشئة لمنعها من زيادة السكان التى تحفظ قدرا من التوازن بينها وبين المجتمعات الصناعية المتقدمة التى يقل فيها النسل لأسباب لا تستطيع أن تقاومها.

كما أن نظرية المساواة تطبق إلى أقصى حد فى النصوص القرآنية التى تفرض عقوبات مقدرة لجميع المحكوم عليهم فى جرائم الحدود والقصاص، وأساس ذلك المساواة الكاملة بين الجناة أولا ثم بين الجانى والمجنى عليه فى القصاص.

ومساواة المرأة مع الرجل تخضع لنظام الأسرة الذى يستوجب أن يكون لها رئيس كما هو الحال فى المجتمع. حيث لا يمكن أن يوجد مجتمع ولا هيئة ولا جماعة أيا كانت بدون رئيس، ورئاسة الزوج للأسرة يقابلها التزامه بالإنفاق عليها ... كما يشير لذلك صراحة نص الآية الكريمة ... بقوله ﷻ : ﴿الرجال قوّامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم ...﴾ [النساء : 34] .

❁ يجب التنسيق بين النظريات المختلفة لأن كلا منها يحدد نطاق النظريات الأخرى حتى لاتكون مطلقة لاحدود لها :

وفى نطـــاق التشـــريع الجنائى، فإننا فى أشد الحاجة إلى النظريات العامة التى يمكن الاستعانة بها فى "تقنين التعازير" والتى يجب استنباطها من الآيات القرآنية مثل النصوص التى تعاقب على السرقة باعتبار أن هذا العقاب المفروض حدّا على السرقة يوجب على أهـــل الاجتهاد أن يستحدثوا أحكام التعزير على أنواع أخرى من الاعتداء على مال الغـــير مـــثل العقاب على جرائم اختلاس المال العام، والنصب وخيانة الأمانة والحريق والإتلاف ومالإليها. لأنها كلها تعازير لازمة لضمان حرمة مال الأفراد والجماعات ...

وسوف نشير إلى أننا استفدنا من النصوص القرآنية التى تفرض الاستئذان وتحرم التجسس لبناء نظرية حرمة أسرار الحياة الخاصة، التى جعلناها أساسا لنظرية التفتيش فى الإجـــراءات الجـــنائية، وسنرى أنها فى نطاق التعازير تفيدنا فى تجريم أفعال أخرى تنتهك حرمة الأسرار الشخصية.

والحكم التكليفى الذى نص عليه القرآن بتحريم شهادة الزور هو فى نظرنا أساس للتعزير على جرائم التزوير والتزييف وما إليها ...

* * *

إنـــنا نقدر ما يشير إليه فقيهنا من التفرقة بين مبادئ الشريعة وأصولها ونظرياتها، وبين تطبيقها فى الفقه فى العصور التاريخية المتعاقبة والمختلفة، سواء فى الواقع العملى أو فى الفقـــه الـــنظرى فى بعض الأحيان. فالسمو والخلود والتباهى بقداسة الشريعة وعدالتها والدعوة لتطبيقها والالتزام بها لايجوز أن يفهم البعض منه أننا ندعو للالتزام فقط دائما بما سارت عليه مجتمعاتنا وماقاله علماؤنا فى العصور السابقة ولاالعودة إلى مـــا وصـــل إليه أسلافنا من الحكام أوالفقهاء، ولاتجميد الفقه على ما وصل إليه فى الماضى فى كتب أسلافنا، وخاصة فى كثير مماكتب فى عصور التخلف والضعف أو أى عصر من العصور التى مرت بها شعوبنا وأمتنا.

ومـــن ناحيتنا، فإن تقديرنا لما قدمه لنا فقيهنا الشهيد مما نعده اجتهادات عصرية فى الفقه الجـــنائى، ليس معناه عدم مناقشة أقواله، ولاآرائه ولاأقوال من سبقوه أو من يجيئون بعده مـــن الفقهاء أو العلماء أو المفتين أو المجتهدين، فالفقه كله قديمه وحديثه اجتهادات بشرية قابلة للمناقشة والتمحيص، وإنما يقصد به استنفار الأجيال الحاضرة والمستقبلية للسير على مـــنهاجه فى الـــتعمق فى أسرار النصوص والمبادئ الشرعية واعتبارها أصولا عامة يجب أن تكـــون أساسا لنظريات واسعة ومرنة تزودنا بما نحتاج إليه فى الحاضر والمستقبل من أحكام اجتهادية فى التشريع والفقه، وألا نكتفى باعتبارها مجرد أحكام فرعية كما يظن البعض ...

❁ تقديرنا لاهتمامه بالنظريات ودعوتنا لمواصلة مابدأه :

لكــى نختم تعليقنا على هذا الفصل التمهيدى الذى وصفه بأنه " تقديم وتوجيه" قــبل الدخــول فى صلب البحث ومنهجه، نجد من واجبنا أن نلفت نظر القارئ إلى أمــرين يــبرران ما أشرنا إليه دائما من أهمية آراء " فقيهنا الشهيد " واجتهاداته أو كــتابه والهدف من مشروعنا لجعله محورا لموسوعة شاملة للفقه الجنائى الإسلامى فى عصرنا الحاضر، يمكن أن تستفيد منها وتبنى عليها الأجيال القادمة فى المستقبل صرحا عظيما لفقهنا .. نأمل ألا يقل عما بناه أسلافنا فى جميع العصور السابقة.

وهذان الأمران هما :

أ : اتجاه فقيهنا إلى بناء نظريات تشريعية واسعة خصبة على أساس ما كان يُعَدّ فى نظر كثيرين مجرد أحكام فرعية أو قواعد ومبادئ وردت بها نصوص القرآن الكريم أو السنة النبوية.

ب: أن اخــتياره للمبادئ التى عَدَّها موضوع نظريات عامة فى الفقه والتى تعرض لها فى هذا التقديم لم يقصد حصر نظريات جامعة، بل هى فى نظره أمثلة انتقائية يجب أن يضاف إليها أكثر منها فى المستقبل كما فعل هو فيما سبق.

وقد أشرنا فى حاشيتنا على البند السابق ٣٧ إلى نظريات تضامن الأسرة ووحدها ونظــريات حرمة الأموال وحرمة أسرار الحياة الخاصة التى تفيدنا كثيرا فى استنباط التعازير التى يجب تقنينها فى نظرنا.

وإذا كان هذا رأينا فى تعداد هذه النظريات، فقد رأينا أن علينا دعوة القارئ إلى الــنظر فيما اقترحناه من بعض التعديلات فى ترتيبها وتصنيفها وتسمية بعضها كما أســلفنا فيما سبق، كما ندعوه إلى عدم التسرع فى الحكم على ما نقدمه من أفكار أو آراء تتجاوز ما عرضه علينا، أو تزيد عليه أو تخالفه، فنحن لم نفعل سوى أن بذلنا جهدنــا فى الســعى نحو الهدف الذى أجهد نفسه من أجله، وهو إقناع الجميع بأن الشــريعة قــادرة على أن تزودنا بكل ما نحتاج إليه فى الحاضر والمستقبل من أحكام وتشريعات تحقق مصالح الأفراد والجماعات وتوجهها نحو المثل العليا التى رأينا كثيرا من نماذجها فى النظريات التى استعرضناها من قبل، وسنرى أكثر منها فيما بعد.

إنــنا الآن فى بدايــة مرحلة "التنظير" التى يقصد بها وضع الأسس "نظريات عامة" تســاعدنا ومــن يأتون بعدنا على مواصلة تجديد الفقه وإثراء أحكامه حتى تستغنى بها شعوبنا عن "التسول" على موائد "الأجانب" أو نستوردها مما وضعه غيرنا.

منهج البحث

*****

عوده ٣٩ ـ *سنتناول في هذا البحث القسم العام الجنائي في الشريعة ...*

والكـــلام على هذا القسم يقتضي الكلام عن موضوعين، أولهما الجريمة وثانيهما العقوبة، ومن ثم رأينا أن نخصص لكل منهما كتابا خاصا ...

ولمـــا كان الكلام على الجريمة يقتضي تناول الجريمة بصفة عامة، ثم تناول أركانها، فقد رأينا أن نجعل الكتاب الأول قسمين :

أولهما ... خاص بالجريمة بصفة عامة ...

والثاني ... خاص بأركانها ...

وكل "قسم" يشتمل على "أبواب" و"فصول" و"مباحث" بقدر مايقتضيه الحال ...

أمـــا الكـــلام على العقوبة فيشمل الكلام على ماهية العقوبة، والمبادئ التي يقوم عـــليها العقـــاب، وأقسام العقوبات وأنواعها، وتعدد العقوبات، وتنفيذها والعود، وسقوط العقوبات ...

وسنخصص لكل حالة من هذه الحالات بابا خاصا ...

39 – أهمية الدور الرائد للشهيد فى استنباط مبادئ القسم العام :

بعــد عرض المبادئ العليا والنظريات العامة فى الشريعة التى عَدّها فقيهنا مرجعا لجميع أحكام الفقه فى فروعه المختلفة بما فيها التشريع الجنائى، أضاف لذلك مبادرة أخــرى ســوف نستعرضــها لأنها تُعَدّ فاتحة للاجتهاد العصرى فى تقنينات الشريعة الإســلامية فى المواد الجنائية وهى تجميع الأحكام المتناثرة فى كتب التراث، والتى هى نظير لما يسمى فى القوانين العصرية بالقسم العام فى قانون العقوبات.

وميــزة الفقــه الإســلامى أنه لا يرى أن قواعد "القسم العام" تغنى عن المبادئ الأساســية والنظريات العامة التى استعرضها "الشهيد عوده" فيما سبق، وقدمها لنا عــلى أنها فى نظره هى القسم الأعم والأعلى الذى يهيمن على غيره من الأحكام فى جميع فروع الشريعة ولكنه لا يغنى عنها.

لقد عدّدْنا ماقام به من جهد فى عرض تلك المبادئ العليا والنظريات العامة وكان نموذجــا للاجتهاد العصرى فى الفقه. والآن، يجب أن نعُدّ ماقام به فى عرض مايسميه القســم العــام فى قانون العقوبات نموذجا ثانيا لما يدخل ضمن التجديد العصرى فى الفقه الجنائى الإسلامى .

وبذلــك يكــون أولَ مــن تصدى ليسد الفجوة،التى يشعر بها البعض ويحسون بوجودهــا فى كتب الفقه بسبب عدم تخصيص أبواب مستقلة لما نسميه الآن القسم العام فى القانون الجنائى الذى يتضمن المبادئ العامة المشتركة بالنسبة لجميع الجرائم، وهذا فضل يجب أن نسجله له .

لم يكن يكفى فى نظره استحضار المبادئ العليا فى الشريعة ونظرياتها الأساسية التى أشار لها من قبل. بل إنه بذل مجهودا كبيرا لعرض قواعد القسم العام التى نحتاج إليها فى الأبحاث والدراسات والتقنينات الجنائية الشرعية العصرية، وهذا مجال واسع يقع عبء مواصلته على فقهاء العصر الحاضر والأجيال التالية، وكان هو رائدا فى السعى لســد هــذا الفراغ. وإذا كان هو قد أخذ المبادرة الأولى بجمع الأحكام العامة التى استنبطها من كتب الفقه لمقارنتها بالقوانين الوضعية الحالية، فإن ماقام به لابد أن يفتح الباب لكى يواصل آخرون السير فى هذا الطريق ونحن منهم .

❁ دراسته للقسم العام فتحت أمامه أبواب التنظير :

قـــد بدأ القسم العام بدراسة الجريمة[1] (تعريفها / تقسيماتها / أركانها) وبرر ذلك بأنه "مجاراة للتطور الحديث في التأليف الذى يقضى بأن نبحث الأركان العامة لجميع الجـــرائم في القســـم الجـــنائى العام وأن نترك العناصر" الخاصة بكل جريمة "للقسم الخاص".

يـــلى ذلك الكتاب الثانى فى دراسة العقوبات "وماهيتها" (أقسامها .. تعددها .. تنفيذها ... سقوطها).

أمـــا الـــبحث الخاص بالمجرم أو المسئولية الجنائية فقد أدخله ضمن دراسة الركن "الأدبي" أو المعنوى فى الجريمة " فى الكتاب الأول " الباب الثالث منه[2] .

* * *

وقبل أن نتابع حاشيتنا على هذه الأبواب ـــ نرى من الضرورى أن نلخص عددا مـــن النقاط التى تعرضنا لها فى حواشي هذا الفصل التمهيدى،وأولها ماندعو إليه من الاهـــتمام بالخصـــائص الجوهرية لفقهنا وشريعتنا ـــ حتى لاتتحول بفعل التقنين إلى "قوانـــين وضعية" تعبر عن إرادة الدولة أو المسيطرين عليها، وكذلك مايترتب على ذلك – فى نظرنا – من وجوب أن يكون التقنين عملا فقهيّا يقوم به أهل الاجتهاد — لا مـــن يمثـــلون إحدى سلطات الدولة التى يسمونها اليوم "سلطة التشريع". يضاف لذلك ضرورة مراعاة الارتباط والتوازن بين قيام الفقه بمهمته فى التقنين والتوسع فى عملية التنظير – وكذلك بعض الموضوعات المتفرعة عن ذلك والتى نرى أنها تستحق عناية خاصة وحوارا علميا فى المستقبل .

---

(1) البند 39 وما بعده حتى بند 83 .

(2) كنا نفضل أن يجعله كتابا مستقلا عن كتاب "الجريمة" وكتاب "العقوبة"؛ لأنه موضوع مهم بدليل أنه يضم (163 بندا) ابتداء من 273 – إلى – 436، فى حين أن الكتاب الثانى (الخاص بالعقوبة) يضم مائة بند فقط (437 — 537) .

بحث إضافى
للدكتور توفيق الشاوى

❁ لانوافق على تجاهل خصائص شريعتنا وفقهنا بحجة التقريب بينها وبين القوانين الوضعية:

هـــناك مـــا يستحق منا بحثا مفصلا بشأن وجهة نظرنا فى أهمية الخصائص المميزة لشريعتنا والناتجة عن طبيعتها الدينية .

إن الفقيـــه الشـــهيد "عبد القادر عوده" وكذلك المعلق الشيعى "السيد إسماعيل الصدر"، كما سيتبين ذلك فيما بعد، ومن ساروا على نهجهما كانوا يمثلون جيلا من المتخصصـــين فى القـــانون والفقه المقارن. وكان لهم هدف مشترك وهو التقريب بين الفقه الإسلامى وأحكام القوانين الوضعية .

ونحـــن نعتقد أن هذا الهدف كان مفيدا فى عصرهم، عندما كان هذا الجيل يسعى لإقـــناع الجماهير والمسئولين فى الدول الإسلامية بأن الالتزام بالفقه وتطبيقه لايعنى الاستغناء عن "القوانين الوضعية" السائدة والمطبقة فعلا فى كثير من بلادنا، ولايوجب استبعادها وإنما يكفى تعديلها لكى تتوافق مع الأحكام الشرعية .

لكـــنى شخصيا أرى أننا تجاوزنا هذه المرحلة، لأن الصحوة الإسلامية قد أقنعت كثيرين بأن الالتزام بالطابع الدينى لشريعتنا أصبح ضروريّا للمساهمة فى تقدم الفكر القانونى العالمى وإثرائه، لأنه أصبح قاصرا عن تزويد المجتمعات الإنسانية بما تحتاج إليه لإصـــلاح نظمها، وأن الإنسانية فى حاجة شديدة إلى كثير من مبادئ فقهنا وشريعتنا لكـــى تواجـــه بهـــا مشكلات الحاضر والمستقبل التى لم تعد القوانين الوضعية كافية ولاقادرة على تزويد الإنسانية بما يلزم لمواجهتها. ونعتقد أن لدينا من أصول شريعتنا ومبادئها (التى تميزها عن تيار النظم القانونية الوضعية) مايجب علينا أن نقدمه للفكر العالمى لسد نواحى النقص فى القوانين المعاصرة .

لذا فإننا نعارض الآراء التى تستند إلى بعض أقوال فقيهنا لتسويغ مايؤدى إلى إزالة الفوارق الجوهرية بين التقنينات التى تضم أحكام شريعتنا وفقهنا ونصوص "القوانين الوضـــعية" المعاصرة، ونخشى أن تؤدى إلى تجاهل الخصائص المميزة لفقهنا وشريعتنا بحجة إدماجها فى التشريعات الوضعية التى تصدرها الدولة .

❁ شريعتنا تقرر أحكاما تكليفية تحرِّم بعض الأفعال دون أن تنص على عقوبة جنائية:

1 – فى حاشيتنا على البند (16) قلنا: إنه لايجوز وصف الشريعة بأنها قانون، لأنها أوســع نطاقــا مــن أى قانون، والجزء الأهم فيها هو المبادئ العامة الأخلاقية التى يسمونها الأحكام التكليفية ولا مكان لها فى"القوانين الوضعية".وقد يخشى البعض أن يكون فى ذلك انتقاص من قدر "القوانين الجنائية الوضعية".

والحقيقــة أنــنى فعلا قصدت الانتقاص من القوانين الوضعية ونقد ما يسير عليه بعض أساتذتها وشراحها من الفصل بينها وبين المبادئ الدينية والأخلاقية، حتى أصبح بعضهم يدَّعى أن هذا الفصل بين الدين والقانون أصبح ضروريا للتقدم، فى حين أنه فى نظرى هو التخلف الذى يجب علاجه وتصحيحه .

لقد قلنا إن الشريعة تمتاز بوجود أحكام تكليفية لا وجود لها فى القوانين الوضعية، وقــد ظن البعض أن مجرد العقاب على فعل معين يتضمن أمرا بتحريمه، وهذا حكم تكليفى ضمنى، لكن الحكم التكليفى الشرعى الذى نقصده هو الذى يحرِّم فعلا دون أن يفــرض عــليه عقوبة، فهو تحريم دينى وأخلاقى محض؛ لكن يجب على الفقه أن يتخذه أساسا لتحديد المعاصى التى تستوجب التعزير بدلا من التحريم المستفاد ضمنيا من نصوص قانون العقوبات الوضعى .

2 – فى حاشــيتنا على البند (18) قلنا إننا نرى أن تقنين الفقه الإسلامى هو جزء من الشريعة، ولا يصح وصفه بأنه "قانون وضعى" .

* * *

إننا قصدنا فعلا اتهام القوانين الجنائية الوضعية الحالية بالنقص والقصور طالما أنها تتجه إلى فصــل نصوصــها عــن مــنابع فقهنا ومصادر شريعتنا ومبادئها العقيدية والدينية والأخلاقية ولا صلاح لها فى نظرنا إلا إذا تخلت تماما عن هذا الفصل، واعترف فلاسفتها وشــراحها بــأن الإنسانية إذا كانت تحتاج إلى نصوص قانونية فإنها تحتاج قبل ذلك إلى عقيــدة دينية ومبادئ أخلاقية، وأنه لا صلاح لمجتمعاتنا إلا إذا أدانت هذا الاتجاه اللاديني الذى يتنكر لشريعتنا وفقهنا بحجة أنهما يربطان القانون بالدين والأخلاق.

نحــن نوافق على أن النص الجنائى الوضعى عندما يقرر عقوبة جنائية على السرقة أو الضــرب أو ما إلى ذلك يتضمن حكما تكليفيا (ضمنيا) بتحريم هذا الفعل المعاقب عليه، لكن الكتاب والسنة لا يقفان عند ذلك بل تشتمل نصوصهما على أوامر دينية وأخلاقية عامة.مثل قوله ﷻ : ﴿ولا تقربوا الزنا إنه كان فاحشة وساء سبيلا...﴾[الإسراء: 32]. وقوله ﷻ : ﴿ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل...﴾ [البقرة : 188].

❁ لا نوافق علي القول بأن القوانين الوضعية الجنائية تشتمل علي أحكام تكليفية :

إننا نرى أن هذه الأوامر "الدينية" هو مبادئ أخلاقية تكون أساسا للتعزير على كل فعل غير الزنا الذى يعاقب عليه بالحد، طالما أنها تمس العرض أو تهدد الانضباط فى العلاقات الجنسية التى تحصرها شريعتنا فى نطاق الزواج الشرعى، مثل الفعل الفاضح أو ممارسة العلاقات الجنسية بدون زواج إلخ ... وكذلك التعزير على كل اعتداء على مال الغير بغير السرقة (المعاقب عليها حدا) مثل النصب وخيانة الأمانة والحريق والإتلاف وتسميم المواشى ... وما إلى ذلك .

لذلك فإن التقنين الشرعى الذى يفرض جزاء تعزيريا على كل الاعتداءات على الأموال أو الأعراض، لا يجوز عَدُّه قانونا وضعيا، بل هو حكم شرعى أساسه ومصدره النصوص التكليفية فى الكتاب والسنة وليس إرادة الدولة أو الحكام .

إن النص الوضعى الذى يعاقب على الزنا بحسبانه مجرد خيانة زوجية لا عقاب عليه طالما أن الفعل قد وقع فى غير منزل الزوجية، الذى نقلته قوانيننا الوضعية عن أوربا، هو مخالف لمبادئ شريعتنا لأنه يتضمن إباحة التسيب الجنسى ويجيز للزوجين ممارسة العلاقات الجنسية خارج الزواج طالما أنها تقع خارج نطاق منزل الزوجية، وبذلك أصبحت المخادنة والفسق مباحين بل يعُدُّونهما "حرية ديمقراطية" .

* * *

لقد لاحظ البعض أننا توسعنا فى كلامنا عن الأسرة والزواج وما يتعلق بهما، وجارينا فقيهنا الشهيد فى ذلك. ونحن قصدنا ذلك فعلا بسبب ما تفرضه شريعتنا من حماية نظام الأسرة ووحدتها وتضامنها وتشريع الزواج لضبط العلاقات الجنسية ومنع الانحلال الخلقى والتسيب فى العلاقات الجنسية الذى يتخذه البعض هدفا "ديمقراطيا" أو ليبراليا ويتخذونه مسوغا للتهجم على مبادئ فقهنا وشريعتنا التى تَعُدّ كل علاقة جنسية خارج الزواج زنا محرما لكى تحمى الأسرة والزواج ... وتحرِّم العلاقات الجنسية "المتحررة" من الزواج والأسرة. والتى تدخل فى نطاق التسيب، والتحرر الجنسى الذى له الآن فلاسفة فى بلاد كثيرة يشجعون بعض كتابنا على نقد أحكام شريعتنا والهجوم على مجتمعاتنا بقصد إفسادها والقضاء على الأسرة من أجل منع الإنجاب ووقف النمو السكانى فى أمتنا لأهداف سياسية، مثل إخلاء بعض بلادنا من شعوبها حتى يحتلها دعاة الاستيطان الصهيونى بحجة أنها أرض بلا شعب .

❁ الأحكام الوضعية فى نظر فقهنا هي أحكام شرعية فى مصدرها وأصولها وليست وضعية بالمعنى المعروف حاليا وهو أن مصدرها سلطة الدولة :

إنـــنا لا نوافق على القول بأن التقنين يصدر عن صاحب السلطة فى الدولة دون حاجة لاتصالها بالمقاصد السامية والأحكام التكليفية والنظريات العامة لشريعتنا، التى تجعلها فروعا من المبادئ الكلية المستمدة من الكتاب والسنة. ولا يجوز تسويغ ذلك الاتجاه بالاستناد إلى أقوال الشهيد "عوده" والسيد "الصدر" التى سوف ننتقدها فيما بعد عند كلامهما عن وجود تعازير لما يسميانه : مخالفات لأوامر السلطة القائمة ولو كانت خارج المعاصى الشرعية. وبنى البعض على ذلك أن نصوص القانون الوضعى الصادرة عن الدولة يمكن عَدُّها تعازير .

* * *

إذا كان بعض أقوال السلف يُفهم منها أن ولى الأمر تجب طاعة أوامره، وله الحق فى توقيـــع عقوبة على من يخالف أوامره، فإن العقاب فى نظرنا يشترط فيه أن يكون الفعـــل معصـــية شرعية، وأن ولى الأمر الذى له هذا الحق فى ذلك هو المجتهد الذى يـــتولى استنباط الحكم من المصادر الإلهية. ولا يشمل ذلك أوامر وتشريعات وضعية لا صلة لها بهذه المصادر ومقاصدها ونظرياتها ولا ترتبط بالمعاصى الشرعية.

إنـــنا نصـــر على عدم وصف التقنينات الشرعية بأنها قوانين وضعية عن طريق قيام الدولة بإصدارها؛ لأن ذلك يحرمنا من الطابع الدينى لشريعتنا، ويقصد البعض به فصل التقنين الشرعى عن مصادره السماوية لكى يصبح مصدره سلطة الدولة وحكامها .

* * *

لقد كان كتاب التشريع الجنائي مقارنا بالقانون الوضعي خطوة جبارة على طريق التجديد في فقهنا الجنائي العصري. وقد رأينا فيما سبق أنه بذل جهدا كبيرا في بيان خصائص الشريعة التي تميزها عن "القوانين الوضعية الجنائية" وتوجب عدم الخلط بين هذين النظامين التشريعيين .

لكـــنه عند دراسته لأحكام الجريمة والعقاب في القسم العام، نلاحظ أنه كان له هـــدف واضـــح هـــو بيان أن جميع المبادئ والأحكام العصرية في القوانين الجنائية الوضعية، موجودة في الشريعة الإسلامية، وتمتاز الشريعة بأنها سبقت القوانين العصرية إلى تقريـــر المـــبادئ الـــتى يظن كثيرون أو يدَّعون أن التشريعات العصرية هي التي استحدثتها متجاهلين سبق الشريعة إليها.

– يشترط للتكامل بين الفقه والقوانين الوضعية عدم وجود تعارض :

بــل إنه حاول إقناع القضاة ورجال القانون العصري بأنهم يستطيعون أن يجمعوا بــين تطبيق عقوبات الحدود مع تطبيق الأحكام الجنائية الوضعية الحالية بوصفها بأنها تدخــل ضــمن الــتعازير، ووصل بذلك للدعوة إلى التكامل بين هذين النوعين من الأحكــام الفــرعية. لكن لا يجوز أن ننسى أنه كان حريصا على تأكيد أنه إذا كان هــناك تعــارض يمنع هذا التكامل فإن واجب القاضي هو الالتزام بالحكم الشرعي، وعليه تعطيل الحكم الوضعي الذي يتعارض معه لأنه باطل بطلانا مطلقا.

* * *

هــذه الملاحظة الأخيرة تدل على أن ما قاله عن الاختلاف الجوهري بين الشريعة والقوانــين الوضعية هو الأصل، وأن التكامل محدود في نطاق الأحكام الفرعية كلما كان ممكنا، لأن الفروق الجوهرية ترجع إلى الصفة الدينية لمصادر التشريع الإسلامي وأصوله وقواعده العامة التي تختص بها شريعتنا وتوجب علينا إقامة نظامنا الجنائي على أســس وأصــول شرعية مختلفة عن النظم الوضعية في كثير من النواحي. ولا يمكن تجاهل هذا الاختلاف، لأن شريعتنا لها طابعها العقدي والديني المستمد من مصادرها الإلهية المتصلة بالوحي الإلهي الصريح في الكتاب الكريم، والضمني في السنة المطهرة.

* * *

إن الطابع الديني لشريعتنا له آثار جوهرية لا يجوز إهمالها في الدراسة المقارنة بينها وبــين "القوانــين الوضعية"، وسنرى فيما كتبه فقيهنا في البند رقم (85) عرضا لما قــرره فقهاؤنا عن التمييز بين ما يسمونه هم الأحكام الوضعية والأحكام التكليفية (وهــي في نظــرنا مــبادئ الأخلاق والقيم الاجتماعية) وليس لها نظير في القوانين الوضعية بينما لها أهمية كبرى في تحديد المعاصي التي تستحق التعزير في شريعتنا.

* * *

إن لهــذه الطــبيعة الدينية المميزة للشريعة أثرا كبيرا في كثير من أحكام الفقه الجنائي الإسلامي بصفة خاصة، لابد أن نشير إليها هنا، لكي يكون القارئ أو الدارس على بينة من أن هذا الفقه وإن كان محدود النطاق بالنسبة للشريعة، إلا أنه مرتبط بالعقيدة والقيم الدينية والأخلاقية التي تستوجب أن يكون له ذاتية خاصة، تميزه عن القوانين الوضعية .

❁ الشريعة ليست مجرد قانون :

أولى خصـــائص شريعتنا أنها ليست مجموعة قانونية صادرة عن سلطة بشرية كما هو الحال فى القانون الوضعى الذى تصدره الدول. وإنما تشتمل على عنصرين :

عنصـــر ثـــابت خالد هو نصوص الكتاب والسنة. وهى الشريعة بالمعنى الضيق التى اكتمـــلت فى حياة الرسول وفرضتها عقيدتنا كأساس لمبادئ الإسلام وقيم المجتمع الصالح التى يستمد منها العنصر الثانى، وهو الفقه المتجدد المتطور المتنامى إلى يوم الدين .

والفقه هو مرآة الشريعة ووعاء جميع أحكامها – ويُعَدّ جزءا من الشريعة بالمعنى الواسع – لأنه يستمد شرعيته وقوته الإلزامية من انتسابه لها والتزامه بمبادئها وأصولها.

وإذا تصورنا الشريعة بستانا زاخرا بالأشجار المتنوعة المثمرة، فإن نصوص الكتاب والســـنة هـــى جـــذور تلك الأشجار ومبادئها ونظرياتها هى جذوعها وسيقانها. أما فـــروعها وأغصـــانها وأزهارهـــا وثمارها فهى الأحكام التى يستنبطها الفقه من هذه المصادر الإلهية .

* * *

وقـــد أفاض فقيهنا فى صفات الثبات والخلود والسمو التى تميز الكتاب والسنة، ونحن قد أضفنا لذلك الخصائص التى تميز الفقه المكمل لهما، وأولها :–

1 – أن الفقه هو علم وفكر يتسع لتعدد المذاهب واختلاف الآراء.

2 – أن فقهنا مقيد بأصول الفقه التى تجعله تابعا للمنابع والمصادر السماوية (الكتاب والســـنة) ومرتـــبطا بها، ومكملا لها ومتمما لأحكامها ولا يستمد من فلسفات بشرية .

3 – أن الفقـــه كعـــلم وفكر مهمته تجديد المجتمع وإصلاحه كلما أصيب بالتخلف والتجديد مستندا فى ذلك إلى أصول شريعتنا .

4 – الأمة وكل سلطة فى المجتمع تلتزم بالفقه كما تلتزم بالشريعة مثل الفرد تماما لأن الشـــريعة هى صاحبة السيادة فى المجتمع والفقه جزء منها، وكل ما للأمة والفرد هو الحق فى الاختيار بين المذاهب والآراء المتعددة والمختلفة فى فقهنا .

5 – أن الشريعة تشمل العقيدة والمبادئ "التكليفية" والقيم الأخلاقية التى تُعَدّ جزءا منها، ويعتمد عليها الفقه فى استنباط النظريات العامة والأحكام الفرعية وخاصة فى التعازير.

❁ شريعتنا تضع العلم والفكر فوق الدولة والسلطة :

وسنعرض كلاً من هذه الخصائص تفصيلا :

1 - إن كــون فقهــنا الإسلامى علما وفكرا هى ميزة لا مثيل لها فى جميع القوانين الوضــعية الأخرى التى هى عبارة عن أوامر ونصوص تصدرها الدولة،وهى التى تعطيها قوة الإلزام حتى إنهم يعرِّفون القانون بأنه تعبير عن إرادة الدولة .

الدولــة تضع القانون وتصدره وتنفذه وتَعُدّه ملكا لها تغيره متى شاءت،وتفسره كمــا تشــاء وتلغيه أو تعدله، فضلا عن أن الدولة ذاتها تتغير وتتبدل أحوالها نتيجة الانقلابات والحروب والتغيرات السياسية،وهذا كله له أثره على القوانين الوضعية، وبعــد ذلــك يأتى العلماء ليشرحوا هذه النصوص ويفسروها. ولذلك فإن الشهيد "عــبد القــادر عوده" فى كتابه يشير إلى التفرقة بين الفقهاء فى الإسلام وبين علماء القوانين الوضعية الذين قال عنهم إنهم "شراح" لهذه القوانين التى تضعها الدولة، أما فقهاء الشريعة أو علماء الفقه الإسلامى فإنهم ليسوا مجرد شراح للنصوص، بل إنهم يسهمون فى استنباط الأحكام الفرعية من مصادر شريعتنا السماوية ومبادئها العامة، ولذلك يوصف فقهنا بأنه علم "الفروع"، أما منابعه وأصوله ومقاصده ومبادئه العليا ونظرياته العامة فهى تستمد من المصادر السماوية العليا، وهى الكتاب والسنة .

فى شــريعتنا يبدأ الفقه والعلم باستنباط الأحكام الفرعية من النصوص والمبادئ والــنظريات المقررة (فى الكتاب والسنة) وبعد ذلك فإن الأفراد والدول عليهم أن يأخذوا الأحكام مما قرره العلماء. فعمل العلماء وعلمهم واجتهادهم يكون المذاهب الفقهيــة التى تلتزم بها الدولة كما يلتزم الأفراد. وتستمد منها التقنينات الفقهية التى تنفذها الدول، ومصدرها المباشر هو الفقه لا إرادة الدولة .

تمــتاز الشــريعة الإســلامية بأنها تضع العلم والفكر فوق كل سلطة إنسانية، أى فوق الدولة وسلطاتها جميعا لأن العلم هو الميزة الأولى التى ميز الله بها آدم وذريته عن الملائكة[1].

إن مكانة العلم والفكر فى فقهنا تؤدى إلى تميز الفقه الإسلامى بأنه يقوم على مبدإ التعدد والاختلاف. الاختلاف مبدأ مقدس من مبادئ الشريعة الإسلامية، ولذلك يوجد فى شريعتنا مذاهب متعددة بل ومختلفة أيضا ، فى حين أنه فى القوانين الأخرى قانون واحد

---

(1) بقوله تعالى: ﴿وعلّم آدم الأسماء كلها ثم عرضهم على الملائكة فقال أنبئونى بأسماء هؤلاء إن كنتم صادقين * قالوا سبحانك لاعلم لنا إلا ماعلمتنا إنك أنت العليم الحكيم﴾ [البقرة:31،32 وما بعدهما].

❁ شريعتنا تفرض التجديد لإصلاح تخلف المجتمع :

يكتب ويوقع عليه ويلتزم به الجميع. ولا نجد لا فى فرنسا ولا أمريكا ولا فى أى بلد آخـر، ولا فى القوانـين الحديثة ولا فى القوانين القديمة قانونا يقول للفرد والجماعة عندكم مذاهب متعددة ومختلفة تختارون منها. ولا يكتفى فقهنا بتعدد المذاهب بل فى داخـل كـل مذهب آراء متعددة ومفتوح فيها باب الاجتهاد إلى يوم الدين،وللأمة والفرد أن يختارا من هذه الآراء ما يواجهان به مقتضيات ظروف الزمان والمكان .

إن مـبدأ التعدد فى المذاهب والتعدد فى الآراء والاختلاف بين العلماء مستقر فى فقهنا، حتى قال البعض إن اختلاف المذاهب والآراء رحمة لأنه يمكن الأمة من مواجهة التطورات المختلفة .

2 – المنابع والمصادر السماوية الثابتة :

إلى جانب مبدإ التعدد والاختلاف الذى هو من خصائص الفقه الإسلامى، هناك صـفة أخـرى أهـم وأبعد أثرا، ذلك أنه قبل العلم توجد المصادر السماوية الثابتة الخـالدة. فهناك تسلسل المصادر الشرعية، أعلاها هو المصادر المقدسة وهى الكتاب والسـنة فهى فى القمة، ويأتى بعدها العلم والفكر وتعدد المذاهب والآراء، ثم يأتى دور القـانون أو التقـنين إن وجد ومهمته أن يلزم الجميع فى بلد معين وزمن معين بمذهـب معـين أو بحكـم موحد من بين المذاهب والآراء المتعددة ـــ لكى يلتزم به القضاة ويلزمون الناس جميعا به فى بلد معين وزمن معين .

3 – شريعتنا تفرض التجديد ليصلح المجتمع عيوبه ويحقق مقاصدها السامية :

لقد قال فقيهنا إن الشعب أو الجماعة تصنع القانون الوضعى هى أو من يمثلونها أو يفرضـون أنفسهم عليها، أى أن الجماعة توجد أولا وبعد ذلك يأتى القانون الذى تصـنعه على صورتها أو هواها، فإذا كانت جماعة صالحة يكون القانون صالحا، وإذا كـانت جماعـة فاسدة أو باغية سيكون قانونها باغيا وفاسدا وتستمده من فلسفات بشرية وضعية .

أما الشريعة فى الإسلام فهى التى صنعت المجتمع وتهيمن عليه مصادرها السماوية إلى يوم الدين وتفرض علينا الأسس الثابتة التى يقوم عليها المجتمع الصالح لكى يحقق مقاصدها السامية .

❁ الشريعة لها السيادة علي الدولة والأمة :

الشريعة أنشأت المجتمع الإسلامى على أساس الإيمان بالله واليوم الآخر، ووضعت لــنا الأصول والقواعد التى يلتزم بها الفرد والجماعات ليصلوا إلى أعلى المستويات، ولذلــك فالشريعة بمصدرها الإلهى والعلمي والفقهى هى التى تسيِّر المجتمع الإسلامى وتوجهــه نحو الكمال الذى تريده هى بدلا من القوانين الوضعية التى هى ثمرة الواقع الذى وصل إليه الناس فى زمان معين أو فى مكان معين .

صحيح أن المجتمعات الإسلامية بعد أن أوجدها الإسلام هى ككل البشر معرضة للنقص أو الانحراف، فبعضها بلا شك معرضة إلى أن تتخلف أو تعجز عن الوصول لــلكمال الذى رسمته الشريعة، ولذلك فرض عليها الإسلام من حين لآخر أن تجدد نفســها وتصحح من حالها لتنهض بعد سقوطها وتعود إلى الصعود فى طريق الكمال الــذى يريده لها الإسلام وشريعته. فلذلك كان التجديد من أصول فقهنا إلى جانب الــتعدد والاختلاف، بل إن التعدد هو من وسائل تسهيل عملية التجديد لأن الرأى الذى لا يصلح لزمان معين ولا لمجتمع معين قد يصلح و يُعَدّ ضروريا فى زمان آخر أو ظروف أخرى .

وكثيرا ما يعبر فقهاؤنا عن ذلك بتجديد الفقه، لكن المقصود هو استنباط الأحكام الفقهية التى تمكن المجتمع من تصحيح أوضاعه وتجديدها .

4 – الشريعة لها السيادة علي الدولة والأمة :

إن الشــريعة تمــتاز بأنها فوق الدولة كما هى فوق الفرد والجماعة لأن الشريعة مصــدرها القــرآن والسنة، ويكملها الفقهاء والأئمة العلماء. هذه الشريعة بمعناها الواســع يلتزم بها الفرد وتلتزم بها الجماعة والدولة التى تمثل الجماعة أو تدعى تمثيلها لأن شريعتنا تخاطب الفرد وتخاطب الجماعة .

إن الفــرد لــه فى شــريعتنا حقوق لا تملكها بعض الدول الآن. فالفرد كالمجتمع والدولة، له حق اختيار المذهب، وهذا الاختيار الذى نسميه "التقليد" هو ليس تقليدا أعمى كما يتصور البعض، إنما هو اختيار المذهب والرأى الذى يقتنع به حيث إن كل مذهــب فيه آراء عديدة. توجد عندنا مذاهب متعددة وسوف تزداد عددا إلى يوم الديــن، وفقهــنا فيــه آراء متعددة فى كثير من الموضوعات استنبطناها من الكتاب والســنة ومــن أقــوال الفقهاء والعلماء المتعددة والمختلفة، وكل الأئمة أعلنوا أن فتاويهم مجرد آراء لا تلزم إلا من يقتنع بها وبأدلتها وحجتها .

❁ تنوع المذاهب وتعدد الآراء لا يمس المبادئ الأساسية الملزمة للجميع :

من الذى يختار الحكم الذى يلتزم به الفرد أو الجماعة ؟

أولا الفرد يختار لنفسه، وثانيا الجماعة تختار بالشورى .

هنا يجب أن نوزع الاختصاص بين الفرد والمجتمع. فالفرد يملك الاختيار فى شئونه الشخصية، كالصلاة والعبادات وعلاقاته مع الله سبحانه وتعالى .

أما أحكام المعاملات مع المجتمع وأفراد المجتمع فهذا يخضع للرأى والمذهب الذى تختاره الجماعة بالشورى ليكون حكما موحدا يلتزم به أفرادها. ومن حق الجماعة فيما يتعلق بالمسائل الجنائية والمدنية وما إليها أن تختار المذهب الذى يلتزم به القضاء والرأى الذى يحكم به القضاة فى حالة تعدد الآراء فى المذهب. لا توجد فى العالم حرية وتنوع فى التشريع أكثر من هذا، لأن كل جماعة وكل بلد تختار المذهب الذى تريده حـــرة طائعـــة،كل مـــا هنالك أنها تلزم القضاة وتلزم أفرادها بأن يسيروا على هذا المذهب الذى تختاره فيما يتعلق بالمنازعات وفى العلاقات فيما بينهم .

فـــيما عدا هذا، فالفرد هو الذى يصلى ويعبد ربه كما يعتقد وعليه أن يختار هو المذهب الذى يلتزم به، ويلزم لذلك أن يكون لديه قدر من العلم يمكنه من الاختيار؛ والعلم واجب على جميع أفراد المجتمع نساء ورجالا .

أحيانـــا يتصور كثيرون أن العلماء هم "طائفة" فى المجتمع، فى حين أن العلماء ليسوا فى الإسلام طائفة لأن العلم فريضة على كل مسلم ومسلمة. فالمفروض أن جميع الأفراد عندنا لديهم نصيب من العلم يكفيهم لكى يرجحوا بين الآراء ويختاروا بين المذاهب فى نطاق أحكام الفقه دون تجاوزها، وكل ماهنالك أنهم متفاوتون فيما لديهم من العلم .

ولكن هناك مبادئ عامة تتفق فيها جميع المذاهب والآراء، مثل مبدأ شرعية الجرائم والعقوبـــات، الـــذى يعبر عنه الآن بأنه "لاجريمة ولاعقوبة إلا بنص"، والمقصود هو الـــنص السابق على الفعل لأن القرآن الكريم يتضمن قوله تعالى : ﴿وماكنا معذبين حتى نبعث رسولا﴾ [الإسراء : 15]. فالله سبحانه وتعالى لايعاقب إلا بعد الإنذار، وهذا هو المبدأ الأساسى فى التشريع الجنائى .

المفروض أن المجتمع لا يمكن أن يعاقب شخصا على فعل إلا إذا أعلمناه أولا بتحريمه، ولذلك فالتعليم والإعلام فريضة فى الإسلام على المجتمع وعلى الفرد ذاته. إن العلم والتعليم من أولى فرائض الإسلام، وشريعتنا تعلم الفرد ما المعاصى التى سيعاقب عليها إذا ارتكبها، ونحن قد بينا فى حاشيتنا أن ذلك يجعل تقنين التعازير واجبا

❁ شريعتنا تفرض العلم والتعلم :

عـــلى الجماعـــة ومن يمثلونها – لتسهيل أسباب العلم – وإن كان الفقه قد سار فى الماضى على أنه يكفى وجود النصوص "التكليفية" التى تحرم المعاصى .

* * *

إن التسلســـل فى المصادر من حقائق الإسلام بخلاف القوانين الوضعية حيث إن الدولـــة (حتى ولو كانت سلطتها مفروضة بالسيف والقهر والعصبية) هى التى تضع القانون موحدا وأنت تلتزم بالقانون الذى وضعته لاخيار لك فيه إلا بأمر الدولة .

الإسلام يلزمك بالتعلم والعلم، وبعد العلم الاختيار الحر أى الالتزام الطوعى بهذا الســـلوك القـــويم سواء كنت فردا أو جماعة، فإذا انحرفت بعد ذلك كله فأنت شاذ تحتاج إلى ردع وزجر بالعقوبة أو الجزاء الشرعى .

5 – أحكام الفقه والشريعة تتجاوز نطاق القوانين "الوضعية" :

عندما ندرس خصائص فقهنا لايجوز أن نقف داخل النطاق الذى تشمله "القوانين الوضـــعية"، بل إن أهم خصائص فقهنا أن يتجاوز هذا النطاق لأنه أعم وأكمل، إنه يـــنظم جميـــع نواحى حياة الفرد والجماعة ابتداء من العقيدة والعبادات والأخلاق والسلوك، وتأتى القوانين فى النهاية .

بل إنه فى نطاق القانون لايفرق بين القانون الداخلى والدولى .

إن فقهنا يستنبط القواعد التى تحكم نشاط الأمة الإسلامية ودولها وأفرادها حتى فى حالـــة وجودهـــم خارج نطاق المجتمع الذى تسوده الشريعة الإسلامية إذ ينظم علاقاتـــنا بتـــلك المجتمعات الأجنبية، وهذا مايسمى فى القوانين الوضعية "بالقانون الدولى العام والخاص، وهذا النوع من القوانين الوضعية العصرية تختلف عن القانون الداخـــلى بـــأن أشخاصها هى الدول، لأن نظرية السيادة تجعل الدول فوق القانون الوضعى، بل هى صانعة له فى نظرهم .

أمـــا فقهنا فإن السيادة للتشريع الالهى، "والدول" تخضع للشريعة التى يخضع لها الأفراد، لذلك لايميز فقهنا بين القانون الداخلى ومايسمى فى العصر الحاضر بالقانون الدولى الذى ليس له قوة إلزامية فعلية بسبب ماتتمتع به الدول من سيادة[1] .

---

[1] مايسمى بالنظام العالمى يتجه الآن إلى منظمات عالمية تستطيع إلزام الدول بقراراتها... التى يفترض أنها تطبق "القانون الدولى"، وإن كان هذا الفرض غير صحيح حاليا لأن هذا النظام العالمى حاليا خاضع لأهواء بعض الدول الكبرى التى تفرض سيطرتها على "المنظمات الدولية" وتستطيع بواسطتها التحكم فى الدول الأخرى دون أن تلتزم هى بأحكام القوانين أو تصرفاتها أو سياستها.

۞ الجزاء الأخروى هو الأساس لارتباطه بالعقيدة :

شريعتنا تهتم أولا بالأمر والنهى والتحليل والتحريم، أى الحكم التكليفى المخاطب به المكلف دينيا وخلقيا، دون تحديد الجزاء القضائى، لأن الجزاء الأساسى العام لكل خـــروج عـــن أحكامها هو الجزاء الأخروى يوم الحساب ... وهذا هو معنى وصفنا الشريعة بأن لها طابعا دينيا .

والـــتكاليف الـــتى يفرضها فقهنا وشريعتنا تتسع لكثير من نواحى الحياة الفردية والاجتماعية التى يخرج كثير منها عن نطاق التشريعات الوضعية "العصرية" .

أول هذه التكاليف هى العبادات، وكثير منها أعمال وتكاليف فردية، لكن أهمها هى التكاليف الجماعية، مثل الحج وصوم رمضان، بل والصلوات الجماعية والزكاة. والأصـــح أن جميع العبادات لها جانب فردى وجانب اجتماعى، وكلاهما لاتعتنى به القوانين الوضعية .

وقمة هذه التكاليف هى العقيدة الذى يقصد بها الإيمان بالله وبالحساب والجزاء فى اليوم الآخر وبرسالة الإسلام وشريعته .

ولـــلعقيدة أهمية كبرى فى تشريعنا، لأنها هى التى تجعل المكلفين يطبقون أحكامها طوعيـــا خوفـــا مـــن الحساب يوم القيامة دون حاجة للقضاء والجزاء الجنائى إلا فى حالات استثنائية.

والواقـــع أن الأحكـــام التكليفية هى قاعدة مهمة لاستنباط الأحكام "الوضعية" (بـــالمعنى الشرعى) وهى منبعها وأساسها. فقد بينا أنه فى نطاق التشريع الجنائى، فإن مـــبدأ التعزير يعطى للقضاء والفقه الحق فى فرض جزاء على المعاصى التى تشمل كل تقصـــير فى الالتزام بالأحكام التكليفية. بما فى ذلك أحكام العبادات ذاتها، وإن كان هـــذا الجزاء فى نظرنا يمكن عَدُّه تعزيرا وقائيا دون حاجة لوصفه بأنه عقوبة جنائية، كما سنوضحه تفصيلا فى حاشيتنا .

ويجـــب أن نشـــير هنا مقدما إلى أهم الموضوعات التي نرجو من كل باحث أن يعطيهـــا اهتماما خاصا – لأنها فى رأينا من النظريات المميزة لشريعتنا التي تكلم عن بعضها فقيهنا في البنود الأولى من كتابه – ونكتفي منها بما يلي :-

– أول هـــذه الموضـــوعات : تميز شريعتنا بفرض عقوبات بدنية في جرائم معينة عندما تتوافر فيها ظروف تستوجب تشديد العقوبات إلى الحد الأقصى .

ابن تيمية يَعُدّ الحدود كفارات لها صفة تعبدية :

وسيرى القارئ أن هذه العقوبات القصوى – المقدرة شرعا – لا مثيل لها في القوانين الوضعية، مع أنها تحتل مكانا بارزا في فقهنا الجنائي، حتى أصبح كثيرون يعتقدون أنها هي أول ما يميز هذا الفقه. بل وصل البعض إلى الظن خطأ أنها هي وحدها المقصودة عند المطالبة بتطبيق الشريعة .

فى نظرنا أن الجزاءات البدنية المفروضة حدا أو قصاصا لايجوز عَدُّها مجرد عقوبات جنائية، بل هي أهم من ذلك لأن لها طابعا دينيا، لأنها كما قال"ابن تيميه" إنما هي كفارة قصد بها تطهير الجاني من المعصية لتفادى آثارها يوم الحساب في الحياة الآخرة ". وهذا التطهير يقع بصفة مؤكدة في حالة اعتراف الجاني تلقائيا بالذنب وإصراره على طلب توقيع "الحد" برغم أن هذا الاعتراف دليل على التوبة الصادقة التي تُسقط العقوبة الحدية في الدنيا .

وسنرى أن التوبة إنما هى صورة من صور العبادة، ودورها فى إسقاط العقوبات البدنية والجزاءات البدنية (حدّا أو قصاصا) يجعل هذه الجزاءات المقدرة ذات طابع دينى يوجب إلزام المسلمين بها وحدهم لأن الشارع الحكيم قصد بها إلزام الجانى بالتوبة النصوح لكى يتفادى هذه العقوبات البدنية، وسنرى فيما بعد أن "التوبة" لها فى التشريع الإسلامى دور يختلف تماما عن دورها فى القوانين الوضعية .

الموضوع الثاني : أن الجزاء الأصلي على الجرائم والمعاصي هو الجزاء الأخروي يوم البعث والنشور، وأن الجزاءات الجنائية الدنيوية مكملة له فقط، وأن ضرورات إصلاح الفرد وحماية المجتمع هي التي تبرر فرض هذه الجزاءات القضائية والدنيوية بصفة استثنائية. ولذلك يجب استبعادها كلما وجدت شبهة أو توبة وتوافرت شروطها الشرعية.

ولما كانت الضرورة تقدر بقدرها، فإنه كلما وجدت وسيلة أخرى للإصلاح ليس فيها معنى العقوبة، فإنها أولى من العقوبة الجنائية. وأول سبل الإصلاح التى تغنى عن العقوبات الجنائية هى مايسمى اليوم بتدابير الوقاية والاحتراز، وكذلك التوبة.

وينتج عن ذلك ما يلي :

1 – أن التوبة النصوح يجب أن تؤخذ بعين الاهتمام، ويترتب عليها إسقاط العقوبة البدنية الحدية والاكتفاء بالتعازير. بل فى نطاق التعزير يكتفى فى نظرنا بالتعزير الوقائى أو إجراءات التربية والتهذيب والإصلاح المحض مثل العبادات كالصدقة والصيام.. إلخ.

❀ الجزاءات الجنائية تبررها الضرورة فقط :

2– أن التعزير ليس عقوبة جنائية دائما كما يظن البعض، وإنما يتسع لتدابير دينية وعبادات تدخل في نطاق الوقاية والتهذيب مثل الوعظ والصيام وإطعام مساكين وما إلى ذلك من العبادات التي لا يصح في نظرنا وصفها بأنها عقوبة جنائية، وإنما قُصد بها تمكين المحكوم عليه من التوبة أو تشجيعه عليها(*) .

3 – أن هـــذه الجـــزاءات بجميع أنواعها لا تطبق إلا بعد محاكمة قضائية عادلة ونـــزيهة تلـــتزم بأحكـــام خاصة في وسائل الإثبات وإجراءات المحاكمة – والأدلة القانونيـــة في كـــثير من الأحوال، وفى حالة تخلف أحد الشروط يجب الالتزام بمبدإ الـــبراءة الأصلية ومبدإ درء الحدود بالشبهات ... إلخ، ولو أدى ذلك لإفلات بعض المجرمين من العقاب الدنيوى لأن الجزاء الأخروى هو الأصل .

* * *

الموضوع الثالث : استقلال الشريعة عن السلطة السياسية، لأن مهمة الدولة سواء كانت عادلة أو مستبدة، هي الالتزام بالشريعة والخضوع لها وتنفيذها، ومعنى ذلك أن كـــل مـــن يمـــثل الدولة وسلطاتها المختلفة ليس له أي دور في التشريع أو الفقه، لأن المشـــرع الحقيقي هو الله سبحانه وتعالى فى كتابه الكريم وسنة رسوله الأمين وأن مهمة استنباط الأحكام من مصادرها الشرعية هي لأهل الاجتهاد وأهل الذكر والعلم الذين يمثلون الأمة في هذا المجال مستقلين عمن يمارسون السلطة السياسية بالحق أو بالباطل .

وسيرى الباحث أننا حرصنا دائما على ما يلي :

1 – اســـتبعاد وصف أصحاب السلطة السياسية بأنهم "أولو الأمر" في التشريع، وقصرنا هذه التسمية على أهل الاجتهاد .

2 – رتبـــنا عـــلى ذلك أن تقنين الفقه هو من اختصاص أهل الاجتهاد، لا من اختصاص أصحاب السلطة السياسية في الدولة ولو سموها سلطة تشريعية.

(*) سوف نضيف إلى حاشيتنا على البند 253 ثم البند 530 بحثا بشأن التوبة كسبب من أسباب سقوط العقوبة، وهذا البحث القيم أعده زميلنا الأستاذ الدكتور شكرى الدقاق عن أثر التوبة على العقوبة فى شريعتنا وقد علقنا عليه.

۞ أحكام الشريعة تعلو على كل سلطة بشرية وتستقل عنها :

وبذلـــك يكون الفصل العضوي الكامل بين التشريع والتنفيذ هو من أهم مزايا وأصول نظامنا السياسي والجنائي .

3 – أن كـــل ما يتعلق باختصاص ولى الأمر في التشريع أو القضاء – مثل تحديد التعازير أو العفو عن العقوبة أو الجريمة – لا يصدر به قرار من رئيس الدولة إلا بناء على اقتراح أهل الاجتهاد لأنهم هم أولياء الأمر فى الفقه والتشريع .

وهـــذا الموضوع يدخل في نطاق "القوانين الأساسية" أو الدستورية المتعلقة بنظام الحكم والدولة والحكومة، لكن يجب مراعاته فيما يتعلق بالأحكام الجنائية .

ثم إن الطابع الدينى لشريعتنا له آثار مهمة فى فقهنا الجنائى الذى هو موضوعنا .

۞ ب – مميزات التشريع والفقه الجنائي الإسلامي بصفة خاصة :

التشريع الجنائي فرع من التشريع الإسلامي كله، والفقه الجنائي هو علم الفروع ويُطـبق عـليه مـا قلناه بشأن خصائص الفقه ومميزات الشريعة بصفة عامة، لكن بالإضافة إلى ذلك فإن له طبيعة خاصة تميِّزه في نظرنا عن جميع فروع التشريع والفقه الإسـلامي الأخرى، وهو أنه ليس عام التطبيق بل له دور تكميلي واحتياطي بصفة استثنائية .

إنـه فقه استثنائي، بمعنى أنه لا يطبق إلا بالنسبة للشواذ أو المرضى الذين يصابون بانحـراف سـلوكي هو ارتكاب المعاصي، والمفروض أن المجتمع الإنساني يتكون من أشخاص يفترض فيهم أنهم أسوياء مستقيمون كما يتكون من أفراد أصحاء. فالصحة والاستقامة هي الأصل الذي يجب أن يعامل على أساسه جميع أفراد المجتمع، والإجرام كالمـرض حـالات استثنائية يمكن أن تعرض لأي شخص، ولكنها إذا عرضت لهذا الشخص تحتاج إلى معاملة استثنائية لعلاجه، لذلك لابد أن نراعي عند دراستنا للفقه الجـنائي وعـند استنباط أحكام التشريع الجنائي أنها أحكام استثنائية تخضع لشروط استثنائية ولا تتجاوزها مطلقا .

وهذا هو أساس عدد من المبادئ الكبرى في الفقه الجنائي الإسلامي مثل اشتراط أدلـة معينة للحكم ببعض العقوبات ومبدإ (ادرءوا الحدود بالشبهات) الذي هو من أهم المبادئ في الفقه الجنائي الإسلامي، ويمكن القول بأنه لا نظير له في أي فقه آخر .

صـحيح أنـه في القوانـين الوضعية، للقاضي أن يختار التفسير الأصلح للمتهم ويستبعد الدليل الذي يشك في صحته تطبيقا للمبدإ المعروف وهو "أن الشك يُفسر لمصـلحة المتهم"، وهذا كله في حدود سلطة القضاء في تقدير الأدلة، ولكن في نطاق التشـريع فـإن المبدأ الإسلامي في استنباط الأحكام هو أنه تُدرأ الحدود بالشبهات (والحـدود هنا تشمل الحدود والقصاص). فإذا ارتكبت جريمة زنا أو جريمة قتل فإن المشـرع الإلهـي ذاتـه اشترط لتوقيع عقوبة الحد أو القصاص توافر عدد معين من الشـهود، والفقه تبعا لذلك يضع شروطا أخرى لتوقيع تلك العقوبات. والقصد من ذلك أن المشرع والفقيه يستبعدان توقيع عقوبة الحد والقصاص في جميع الحالات التي لا تتوافر فيها تلك الشروط .

۞ المجاهرة بالمعصية تستوجب تشديد العقوبة :

لكـــن هـــذا لا يمـــنع في نظرنا أن يفرض القاضي جزاء تعزيريا إذا اقتنع بوقوع المعصـــية من المتهم ولو لم تتوافر شروط الحد أو القصاص، لأن التعزير في هذه الحالة يكون في نطاق تدابير الوقاية والتربية والتهذيب .

إن كـــثيرين لا يفهمون توسع الفقه في ذكر الشبهات التي تسقط الحد أو القصاص حـــتى أصـــبح وجود هذه العقوبات رمزيا فقط في نظر البعض. فالزنا مثلا لا يمكن أن يعاقب عليه بالحد إلا إذا شاهده وشهد به أربعة شهود رؤية، وفقهاؤنا يفصِّلون المقصود بالرؤية حتى إن البعض منهم يعتقد بأن توافرها غير ممكن وأن وجود مثل هؤلاء الشهود أمـــر مستحيل إلا إذا وقع فعل المعاشرة المحرمة في مكان عام وكان الجناة في حالة عرى كـــامل تمكن أربعة شهود من رؤية هذه المعاشرة بالصورة الفاضحة التي يشترطها الفقه. لذلك، فإنني قلت في حاشيتي إن هؤلاء الشهود مقصود بهم إثبات العلانية الفاضحة التي تشيع الفاحشة في المجتمع، وليسوا مطلوبين لمجرد إثبات واقعة المعاشرة ...

إن من يندهشون لذلك ينسون أن شريعتنا تبدأ بالعقيدة التي هي الإيمان بالجزاء فى اليـــوم الآخر. فالمؤمن يبتعد عن المعاصي خوفا من الجزاء الأخروي يوم القيامة، أما الجـــزاءات الدنيوية فهي واجبة احتياطيا لتخويف من ينسون مسئوليتهم أمام الله يوم القيامة أو لا يؤمنون بالبعث والحساب ...

إن أســـاس الإصلاح الاجتماعي في الإسلام هو "تقوى القلوب" أي الخوف من العقـــاب الأخـــروي، لأن العقـــاب الدنيوي لا يمكن أن يكون كافيا لزجر الناس وإبعادهم عن طريق الغواية والإجرام. إذ الثابت أن أكثر الجرائم التي تقع لا تُبلغ بها أجهـــزة الأمـــن والتحقيق، ثم إن ما يُبلغ لها تعجز الشرطة عن معرفة الفاعلين، فإذا وجدوا من يتهمونهم فإنهم بعد ذلك يعجزون عن الحصول على أدلة يقدمونها للقضاء لـــيحكم بإدانتهم، بل إذا وجدوا أدلة فإن قاضي التحقيق أو النيابة العامة كثيرا ما يتبين لها أنها أدلة غير كافية. وما ترى النيابة أو قاضي التحقيق تقديمه للقضاء من هذه القضايا لا تحكم المحاكم بإدانة المتهم فيها جميعا، بل كثيرا ما تحكم بالبراءة فيها لعدم كفاية الأدلة... وهكذا فإن نسبة المحكوم عليهم بالعقوبة الجنائية لا تتجاوز 10 % من مرتكبي الجرائم .... وهذه نسبة لا تكفي فعلا لردع المجرمين الذين يفلت أكثرهم من

❁ الجزاء الجنائي له صفة استثنائية :

القضـــاء. ثم أن التشريعات الوضعية تفرض عقوبات السجن أو الحبس. وقد تبين أن بعـــض المجـــرمين يفضلون الإقامة في السجون حيث يجدون المعيشة والرعاية التي لا يوفـــرها لهم المجتمع بسبب الفقر والبطالة وسوء الحالة الاقتصادية بالنسبة للطبقات المستضعفة في المجتمعات العصرية ...

الخلاصـــة أن أي إصـــلاح في القوانين الجنائية أو في إجراءات التحقيق والمحاكمة لن يكفـــي لمقاومـــة الإجرام أو الانحراف، ولابد أن نلتزم بما تفرضه شريعتنا من عقيدة التقوى وخشية العقاب يوم القيامة، وما يترتب على ذلك من قيم سلوكية وأخلاقية وتـــربية دينية هي وحدها الكفيلة بإصلاح الفرد والمجتمع، حتى يبقى الجزاء الجنائي علاجا استثنائيًا في حالات محدودة فقط،وهذا هو ما يميِّز شريعتنا الغراء..

إن معـــرفة الطبيعة الاستثنائية للأحكام الجنائية في شريعتنا رد كاف على أولئك الذين يهـــاجمون المطالـــبين بتطـــبيقها ويدَّعون أن عقوباتها البدنية تتصف بالشدة والقسوة التي ترفضها الدول "العصرية" (بالنسبة لرعاياها فقط، ولكنهم لا يتورعون عن أعمال الإبادة والإذلال والإهانـــة والإفقـــار والاستئصـــال لأبناء الشعوب المستضعفة التي يفرضون سيطرتهم عليها باسم الاستعمار أو "النظام العالمي الجديد" أو التطهير العرقي ...)

ولكن بعض الإسلاميين أيضا هم في حاجة لتذكيرهم بذلك لأن منهم من يتصور أن تطـــبيق الشريعة هو تنفيذ الحدود الجنائية، ويبدءون بذلك، ويؤدي هذا إلى أن يعطوا الســـلطات السياسية والدول سلاحا تُذل به أفراد شعوبها وتزيدهم بؤسا، وتقف بعض الـــنظم عند ذلك دون أن تقوم بواجباتها في الالتزام بمبادئ الإسلام في احترام حقوق الانسان وتطبيق حرية الشورى وتقييد سلطة الحكام ومساءلتهم وعزلهم عند الاقتضاء ودون أن توفـــر في المجـــتمع قواعد الإصلاح الاقتصادى والتكافل والعدل الاجتماعي الذي يوفر للأفراد ما يحتاجون إليه من معيشة توفر لهم الكرامة والحرية والمساواة ...

عـــندما نـــبحث في خصـــائص التشريع الجنائي ونوازن بينه وبين فروع القانون الأخرى في شريعتنا ذاتها نجد أن القانون المدني مثلا قانون عام يطبق على الناس جميعا: الذي يبيع يلتزم بكذا، والذي يتزوج يلتزم بكذا، هذه قواعد عامة يلتزم بها الناس في جميـــع الأحوال، وبناء عليه ليس لها صفة استثنائية والذي له صفة استثنائية هو فقط التشريع الجنائي ...

۞ الجزاء الجنائي يطبق على نسبة ضئيلة من الجرائم :

والرسول صلى الله عليه وسلم عندما جاء له رجل ليعترف بالزنا، قال له : فكر واذهب وعد غدا، فلا يرغب الرسول (صلى الله عليه وسلم) أن يتحمل مسئولية أن يعاقب الرجل عقابا دنيويّا لمجرد اعترافه المرتجل مرة واحدة، بل طلب منه أن يراجع نفسه وكرر ذلك أربع مرات لأنه يعلم صلى الله عليه وسلم أن العقاب الحق سيكون يوم الدين، وهذا هو الأساس في الإسلام ...

إن شريعتنا تدين المجاهرة بالمعصية – وقد عبر عن ذلك الحديث الشريف:

"كـــل أمـــتى معافى إلا المجاهرين – وإن من المجاهرة أن يعمل الرجل بالليل عملا ستره الله، ثم يصبح فيقول يا فلان عملت البارحة كذا وكذا – يبيت وقد ستره ربه ثم هو يفضح ستر الله عليه"[1] .

المسلم عندما يؤمن بالله وباليوم الآخر يعلم أنه ليس فى حاجة لعقاب جنائي ليلتزم بالســـلوك الـــنقي الصـــالح، والمجتمع ليس فى حاجة للقانون الجنائي إذا آمن الناس وأحسنوا وسمعوا وأطاعوا وأيقنوا أن الجزاء يوم الدين،ويبقى الجزاء الجنائي الدنيوي هـــذا في نطاق محدود، وإذا احتاج لذلك الجزاء الجنائى لمواجهة الشذوذ أو الإجرام فيكون ذلك في حالات استثناء محدودة ...

الشـــريعة توجب على الفقيه القاضي والمجتمع بأن يعمل على تضييق نطاق تطبيق هـــذا العقاب القضائي الاستثنائي، هناك من يتهمون المسلمين بأنهم يطبقون الحدود ويقطعون الأيدي والأرجل، هؤلاء يجب أن يعلموا أن هذا شيء استثنائي في حالات محدودة، فالمريض قد يحتاج إلى جراحة، والطبيب يفتح بطنه في المستشفى وفتح البطن جريمة فى جميع الشرائع، ولكن إذا كان الشخص مريضا فإننا نفتح ونجرح بطنه وهذا هـــو العمل الذي يعمله القاضي الجنائي أوالفقيه الجنائي عندما يقرر العقوبة البدنية، فهـــذا عمـــل استثنائي لا يكون إلا في حالات استثنائية عندما تقع الجريمة في مجتمع صالح وتتوافر جميع شروط الحكم القضائي بها ...

لقـــد أشـــرت إلى أن 50% مـــن الجرائم لا تعرفه الشرطة أو الحكومة، و50% الأخرى ترى الشرطة تبحث ولاتعرف من ارتكبها، و50%من الحوادث الباقية تجمع

---

[1] – حديث متفق عليه .

۞ الجزاء الأخروى هو الأصل والحساب العادل الكامل يوم الدين:

أدلـــة ولكنها أدلة غير كافية عند الشرطة، أو عند النيابة أو قاضى التحقيق، وتحفظ الدعـــوى لأن الأدلة غير كافية. إن الربع أو الأقل من الربع مما يبلغ للسلطات يقدم لـــلمحكمة وهذه المحكمة تبرئ كثيرا من المتهمين المتقدمين إليها من النيابة فالمدانون أقل من الثُمن .

إن مـــن عمـــل فى القضـــاء وفى النيابة يعرف هذا، وأكوام الشكاوى والقضايا تـــتكدس، لكـــن لايذهب إلى المحكمة إلا أقل من الربع، وأمام المحكمة والنيابة تقف والمحامون يقفون لمحاكمة هذا الربع، ولايحكم بالإدانة فيه إلا فى نصفه أو ربعه .

هـــذا إذا قلنا إننا طبقنا القانون تطبيقا صحيحا فى حين أن هذا ليس مؤكدا فى جميع الحالات، لأن القضاة أنفسهم كثيرا مايخطئون، والرسول ﷺ قال : "إنكم تحتكمون إلىّ، وقد يكون منكم من هو ألحن بحجته فأقضى له بما ليس بحقه، فعليه ألا يأخذه... ". فهذا النبى المرسل يحذرنا من أن حكمه قد يكون غير عادل نتيجة عجز أحد الخصوم عن بيان حجـــته. وهـــذا هو مايحصل عندنا يوميّا فى قضائنا، خصوصا أن الفصاحة أصبحت أول صفات المحامين وكبارهم الذين يمكن للأغنياء وحدهم الاستعانة بهم .

كـــثيرا مـــا نرى المتهم يحصل على البراءة لأنه غنى يوكل عنه محاميا قديرا يكون ألحـــن بحجته كما قال الرسول الكريم. أما الفقير فقد يعجز عن توكيل محام أو يكون له محام لايحسن الدفاع ويحكم عليه بالإدانة، ويكون الحكم صحيحا قانونا، لكنه ليس صـــحيحا ديانـــة. وقد تكون نسبة الخطإ فى الأحكام أكبر حسب خبرة القاضى أو ظروف أحد الطرفين أو المحامين فى القضية .

النتيجة أن أحكام الإدانة فى القضايا قد يكون ضمنها نسبة من الأحكام الخاطئة لأن القضاة بشر معرضون للخطإ، ورسولنا الكريم الذى اختاره الله قدوة للناس وإماما لهم ورســـولا يتلقى الوحى يحذرنا من أن نستفيد من الأحكام غير الصحيحة ولو كان هو بذاته قد أصدرها، فما بالكم بأخطاء قضاتنا فى هذا العصر وفى جميع العصور ؟!

لكن شريعتنا تطمئننا إلى أن الحساب العادل يوم القيام سيرد الحقوق إلى أصحابها إذا كـــانوا قد ظلموا بأحكام القضاء،.ولن يفلت المجرمون من العقاب إذا كانوا قد استطاعوا التهرب من المحاكمة أو حتى الحصول على أحكام بالبراءة لا يستحقونها أو بحفظ القضية لعدم كفاية الأدلة .

❁ الإهدار ليس معناه أن يقوم الأفراد بتنفيذ العقوبات دون محاكمة عادلة :

وهـــذه الطـــبيعة الخاصة للأحكام الجنائية فى شريعتنا لها نتيجة مهمة فيما يتعلق بالأدلة وإجراءات التحقيق والمحاكمة .

نحن نعلم أن أحكام العقود والمعاملات المدنية بل والإدارية والدستورية وأحكام القانون العام والخاص كلها يطبقها الأفراد طوعيا ولايرفع أمرها للقضاء إلا فى حالة وجود خلاف بين أطراف القضية وأصحاب الشأن فيها. لكن التشريع الجنائى يختلف عن ذلك. فالأصل أن المجتمع يعطى القضاء وحده الحق فى الحكم على المتهمين فى الدعاوى الجنائية، بل إنه يفرض عليه قيودا وشروطا متعلقة بالأدلة والإجراءات وضمانات لحقوق الدفاع يتمتع بها من يتهمون بارتكاب جريمة حتى لايتعرضوا للإدانة دون فحص وتحقيق ومحاكمة عادلة تتوافر فيها ضمانات لتمكينهم من ممارسة حق الدفاع تطبيقا لمبدإ أن كل متهم برىء إلى أن يصدر بإدانته حكم قضائى نظرا لأن الأصل فى الإنسان هو البراءة ووجوب حمل حال الناس على الصلاح.

وســـنلاحظ أنه كلما كانت الجريمة خطيرة وتؤدى إلى الحكم بعقوبة شديدة، فإن المشرع الحكيم يزيد فى هذه الشروط اللازم توافرها فى المحاكمة .

ففـــى جـــرائم الحدود التى قررت فيها عقوبات بدنية يوجب مشرعنا أن يكون الإثـــبات قانونيـــا يصل إلى حد اشتراط أربعة شهود رؤية أو اعتراف حر متكرر فى جـــريمة الزنا مثلا - أو جريمة القذف - وفى غيرها يشترط شاهدان كما أن تطبيق مبدأ درء الحدود بالشبهات له أهمية خاصة فى تلك المحاكمات .

لذلـــك كله، سيرى القارئ أننا نعارض ماذهب إليه فقيهنا وكثيرون قبله من عَدِّ المتهم بارتكاب مثل هذه الجرائم مهدر الدم، وأن معنى الإهدار هو أن للمجنى عليه أو غيره من الأفراد حق توقيع عقوبات الحدود. بل ذهب البعض إلى أن هذا واجب على كل فرد فى المجتمع. فى حين أن هذا الواجب أو هذا الحق هو للقضاء وحده فى نظرنا. بل يرون إهدار دم الحربى فى غير حالة الحرب الفعلية، ونحن لانوافق على هذا القول لأن الحرب الفعلية هى وحدها التى تبيح للمسلم المحارب والمجاهد قتال الحربى وقتله لأنه يكون حينئذ فى حالة دفاع عن النفس لأن الحربى المحارب جاء ليقتله، لكن لايجـــوز فى نظرنا أن كل حربى دمه مهدر يجوز لكل مسلم أن يقتله لمجرد أنه "حربى" سواء كان فى دار الإسلام أو غيرها .

❁ جـ – خصائص المرحلة الحاضرة فى فقهنا الجنائي – ضرورة التنظير والتقنين .

❁ التوازن والارتباط بين التقنين والتنظير :

وسيرى القارئ أيضا أننا نعارض بأن عصمة الدم سببها الإسلام أو عقد الذمة أو العهد. وقلنا إن أساسها هو الإنسانية التى يتمتع بها جميع أبناء آدم، ونعتقد أن نظرنا هذا يستحق اهتمام كثيرين من الباحثين والعلماء .

إنـــنا فى بداية توسع جديد فى فقهنا المعاصر، عن طريقين : أولهما : التقنين وهو ظاهرة العصر فى القوانين الوضعية. ويرى كثيرون أن أحكام الفقه الجنائى الإسلامى (وخاصـــة فى مجال التعازير) لابد أن تقدم للباحثين والقضاة وجمهور الناس فى صورة تقنينات عصرية.

وإذا كـــان فقيهـــنا قد اكتفى بالقول بأنه "لامانع" من تقنين أحكام الفقه الجنائى الإسلامى، فإن الجهد الذى بذله فى كتابه لعرض أحكام فقهنا مبوبا على النمط الذى ســـارت عـــليه القوانـــين الوضعية، واستخدم فى كتابته مصطلحات تلك القوانين وأساليبها، كان عاملا مهما فى تسهيل مهمة اللجان التى بدأت مشروعات التقنين فى كثير من أقطارنا، والذى نرى أنه أصبح واجبا على فقهاء عصرنا وعلماء المستقبل.

والطريق الثانى : هو التأصيل الذى يربط نصوص التقنين الشرعى بمقاصد شريعتنا ومـــبادئها العامة التى هى أساس النظريات التشريعية التى ذكر فقيهنا عددا منها على سبيل المثال لا الحصر. ونرى أن من واجب فقهنا التوسع فيها فى الحاضر والمستقبل حتى تربط أحكام التقنينات الشرعية بالمصادر الشرعية ولانحتاج لاستيراد نصوص من الخـــارج ولاتـــتحول التقنيـــنات الشرعية إلى قوانين وضعية تمكن البعض من تجاهل خصائص شريعتنا التى حرصنا على التوسع فى دراستها .

إن التقـــنين والتأصـــيل (أى التـــنظير) كلايهما أهم خصائص المرحلة المعاصرة والمستقبلية فى فقهنا الجنائى وهما مرتبطان .

* * *

والآن لابد أن أبين أهمية الارتباط والتوازن بين التقنين والتنظير فى عصرنا الحاضر.

إنـــى أعتقد أن ظروف العصر الحاضر وما وصلت إليه مجتمعاتنا من تقدم وتطور قد زادت من حاجتنا إلى تجديد الفقه الجنائي الإسلامي، وأن مفتاح تجديده هو مزيد من العناية بالتنظير (أى التأصيل) لموازنة نتائج التقنين الذى نضطر إليه .

❁ التقنين يتولاه أهل الاجتهاد حتى لا تتحول التقنينات إلى قوانين وضعية :

الارتباط بين هذين الاتجاهين معناه وجوب أن يكون التوسع فى كل منهما متوازنا مع التوسع فى الاتجاه الآخر ... لأنهما فى نظرى متكاملان لا يغنى أحدهما عن الآخر. بل قد تترتب مساوئ كثيرة إذا لم نقدم فى كل جانب منهما ما يكفى لهذا التوازن ...

إن حماستنا لوجوب التقنين فى عصرنا الحاضر والمستقبل لا يجوز أن تنسينا مخاطر الإسراف فى التقنين دون توسع فى التنظير.

أول هـــذه المخاطر أن يتوصل البعض إلى تحويل التقنينات الشرعية إلى " قوانين وضعية" تفرضها الدولة وتعبر عن إرادة من يمثلونها (سواء كان تمثيلهم لها صحيحا أو باطلا. وهو الغالب فى كثير من الأحيان).

لهذا أرى أن يبقى التقنين عملا فقهيا حتى تكون له طبيعته العلمية التى تفتح أمامه باب التطوير والتجديد بل والتعدد الذى قلنا إنه من خصائص فقهنا فى جميع فروعه. والتنظير هو الذى يضمن لنا ذلك .

إن التقـــنين الفقهـــى لازم لـــتوحيد القضاء ولمقاومة الفوضى التى قد تنتج عن تعدد المذاهـــب واخـــتلاف الآراء، لكن يكفى لذلك أن تتبناه المحكمة العليا أو المجلس الأعلى للقضـــاء، دون حاجة لتدخل الدولة أو الحكومة، بل ولا المجالس الشعبية السياسية التى تضـــم مـــن تَعُدُّهم الجماهير "أهل الحل والعقد" لأننا نرى أن أهل الحل والعقد فى مجال التشـــريع هـــم "أهل الاجتهاد" الذى يشارك فيه المجلس الأعلي للقضاء والمحكمة العليا مشاركة جدية على أساس أن الاجتهاد فى عصرنا أصبح عملا جماعيًا يشارك فيه العلماء والقضـــاة وأهل الذكر الذين يكونون أهل الاجتهاد حتى ولو لم يصلوا كأفراد إلى مرتبة الإمامة أو الاجتهاد .

هذا التقنين الفقهى تبقى له صفة الفقه وأحكامه من حيث إنه مجرد آراء وفتاوى فقهيـــة لا تـــلزم إلا مـــن يلتزم بها وهو الشعب أو البلد أو الجيل الذى أصدر أهل الاجـــتهاد فيه التقنين ... ويبقى لغيرهم حق إصدار تقنين آخر، فهو كالفتاوى التى يقدمهـــا الأئمة والعلماء يبقى الالتزام بها اختياريًا لمن يقتنعون بها ولا تحرم الأفراد أو الجماعات من اختيار آراء أخرى من مذاهب السلف أو الخلف .

۞ أولياء الأمر فى التقنين هم العلماء والفقهاء لا الدول ورؤساؤها :

فى رأينا أن الذى يلزم القضاء بالتقنين هو المجلس الأعلي للقضاء ومحكمة النقض.

إن تحويـل التقـنين الشـرعي إلى قانون وضعي على قدم المساواة مع القوانين المستوردة يشجع البعض على القول بأن مجموعات القوانين الوضعية الحالية لا تخالف الشـريعة، وأنها هى التعازير الشرعية لأن "ولى الأمر" مفوض فى نظر البعض لوضع أحكام التعازير ولو باستيراد النصوص من الخارج ...

إن مـثل هذا القول غير صحيح فى نظرنا، لأن ما نأخذه على القوانين المستوردة ليس أن أحكامها مخالفة للشريعة، إذا وجدت هذه المخالفة، بل إننا نرفضها حتى ولو ادعـى أنصارها ومستوردوها أنها لاتخالف أحكام الفقه، طالما أن منابعها وجذورها أجنـبية، تجعـلها مقطوعة الصلة بالمنابع الشرعية ومصادر تشريعنا، وتحوّل الكتاب والسـنة، بـل والفقه، إلى مجرد موروثات ميتة أو معطلة أو مهملة مقطوعة الصلة بثقافتـنا وحياتنا التشريعية، ويصبح مستقبلنا ومصيرنا تابعا لمصير المجتمعات الأجنبية الـتي اسـتوردنا منها أحكام القانون الوضعى الذى ينقل إلينا عيوب مجتمعاتهم التى توشك على الانهيار، لأننا نعلم أنهم إذا كانوا سبقونا فى طريق الحضارة المادية إلا أنهم سـوف يسـبقوننا أيضا إلى الانهيار بسبب غياب القيم العقيدية والأخلاقية التى هى جوهر الإسلام الذى نعتز به والتى هى أساس فقهنا وتشريعنا الإسلامى .

إن "ولى الأمر" المفوض لاستنباط أحكام التعازير فى فقهنا هو الفقيه والقاضى المجتهد – وليس هو من يتولى رئاسة الدولة – وذلك ضمانة لكى يظل تشريعنا مرتبطا بالعقيدة والخـلق، وتكـون للشريعة السيادة التى تجعل الدولة ورئيسها وجميع سلطاتها خاضعة للشـريعة وتقنيـناتها المسـتمدة من المصادر الشرعية بمعرفة الأئمة والمجتهدين وأهل الاجتهاد.

الخطـر الذى نخشاه من الإسراف فى التقنين، هو تجميد أحكام الفقه نتيجة صياغته فى نصـوص ثابـتة تجمده. وقد يسد ذلك التقنين على الفقه باب الاجتهاد أو يحرم العلماء الفقهاء والقضاة من القيام بدورهم الذى فرضته الشريعة لهم بالمساهمة الجدية فى استنباط الأحكـام الشرعية وتنميتها وإثرائها وتجديدها سواء بحريتهم فى اختيار الحكم الذى يناسب ظروف الزمان والمكان من بين الآراء والمذاهب المتعددة في فقهنا بل وحقهم في

❁ أهل العلم والخبرة هم أهل الاجتهاد وواجبهم التنظير :

استنباط حكم جديد من المبادئ العليا للشريعة التى نريد أن تكون منبع النظريات العامة التى تفتح أمام العلماء والفقهاء باب استنباط أحكام مستحدثة فى القضايا التى لا يوجد حكم لها فى النصوص الشرعية بالكتاب والسنة أو فى المذاهب التى توصل إليها الأئمة والمجتهدون من أسلافنا.

وتفادى خطر التجميد فى أحكام الفقه يكون بالتوسع فى التنظير، لأن علماءنا عندما يواجهون وقائع مستحدثة لا حكم لها فى نصوص المصادر السماوية ولا اجتهادات الأئمة السابقين لا يجوز أن يلجئوا إلى استيراد أحكام من الخارج – كما يحدث اليوم فى القوانين الوضعية – بل يجب أن يتجهوا إلى المبادئ العليا فى شريعتنا التى يجعلونها أساسا لنظريات تشريعية تفيدنا فى استنباط الأحكام الفرعية المستحدثة..

لقد تكلم كثيرون من أسلافنا عن القواعد العامة، وعن التنظير الفقهى فى إطار المذاهب المعروفة، لكننا الآن وصلنا إلى نظريات أعلى وأسمى نسميها "نظريات تشريعية". يكون أساسها نصوصا صريحة فى الكتاب والسنة لا بد من إعمالها والتنسيق بينها.

فى نظرنا : أن الفقه الذى يتولى التقنين هو الذى يلتزم بالقيام بما نعتبره المقابل الموازى والمكمل له – وهو التنظير لأنه هو الذى يكسب الفقه مرونة ونموا وسعة تحول دون أن يصاب بالجمود بسبب الغلو فى الاعتماد على التقنينات والاكتفاء بنصوصها .

إن التنظير يقصد به استنباط النظريات العامة فى الشريعة وعدم الوقوف عند حد استنباط الأحكام الفرعية قياسا على ماورد منها فى النصوص الشرعية وحدها لأن الأحكام الفرعية فى الكتاب والسنة محددة العدد، والمجتمعات تنمو وتتطور وتجد لها قضايا ومشكلات مستحدثة تحتاج إلى تنمية الأحكام الفرعية – وإثرائها – ولايكون ذلك إلا بالتأصيل أى الاستعانة بالنظريات التى تستمد من المبادئ العامة والمقاصد السامية لتلك النصوص لكى تستمد منها أحكام التعازير .

وفى نظرنا، يتم استنباط الأحكام المستحدثة على مرحلتين : الأولى بناء النظريات العامة. والثانية: الاستعانة بهذة النظريات لاستنباط الأحكام الفرعية المطلوبة .

فالتنظير عملية معقدة إذا قسناها بالاستنباط المباشر للأحكام الفرعية من النصوص الموجبة لأحكام فرعية محدودة العدد، إن أئمتنا بدأوا باتخاذ القياس المباشر على الحكم

الـــذى ورد به النص. لكننا الآن ندخل هنا فى نطاق قياس أوسع غير مباشر، لابد أن نســتعين فيه بمقاصد الشريعة ومثلها السامية، لأن بناء النظرية لايكفى فيه مدلول النص ولاالقيــاس عــليه. بــل لابد من النظر إليه فى ضوء مقاصد الشريعة السامية ومبادئها الأساسية.

لقد ذكرنا فى مواضع سابقة نماذج للنظريات التشريعية[1] نشير الآن إلى ماله صلة وثيقــة بالتقنيــنات الشرعية التى نرى أنها واجبة فى عصرنا واشترطنا ألا تتحول إلى قوانــين وضــعية مصدرها أهواء حكام قد يفرضون سلطتهم بالقوة والغلب، وإنما تستمد من مصادر التشريع الإسلامى، ومن نظرياته العامة، التى يمكن استنباطها من نصــوص الكــتاب والسنة، وبخاصة منها مايتضمن أحكاما تكليفية تنهى عن بعض الأفعــال وتَعُدها معاصى مثل الربا والزنا وشهادة الزور والتجسس والخمر والميسر، أو توجــب أفعالا أخرى مثل أداء الأمانة والوفاء بالعقود والعهود. بل إن النصوص التى تقرر عقوبات القصاص فى جرائم القتل والإيذاء البدنى، أو التى تفرض عقوبات حدية على الزنا والقذف والسرقة إنما تقرر حرمة حياة الناس وسلامة أبدانهم وحرمة الأعراض والأموال، وهذه الحرمات هى أساس نظريات تشريعية يجب الاعتماد عليها فى اســتنباط أحكــام التعازير على الأفعال التى تُعَدّ اعتداء على حرمة حياة الأفراد وسلامة أبدانهم والتى تسمى جرائم الاعتداء على الأشخاص، وكذلك الاعتداء على كيان الأسرة وحرمة الأعراض مثل جرائم هتك العرض وإشاعة الفاحشة والإخلال بالحياء، وجرائم الأموال التى تُعَدّ السرقة إحداها، لكن يجب أن يعاقب أيضا بالتعزير على جرائم خيانة الأمانة والنصب فضلا عن جرائم الإتلاف والحريق واختلاس المال العام والاستيلاء على بيت مال المسلمين وجرائم التزييف والتزوير وما إليها ...

إن النظريات تبدأ بالمبادئ العامة، لكن هذه المبادئ لاتطبق فى شريعتنا بصورة آلية بل لابد من مراعاة المبادئ الأخرى والأحكام التى قد تحد من نطاق تطبيق كل مبدأ أو تفــرض عــليه شــروطا أو قيودا تحول دون تعطيل مفعول المبادئ والنظريات والأحكام التى تتداخل أو تتفاعل معه .

---

[1] تراجع حاشيتنا على البندين 37 و38 فيما سبق .

❁ التنظير توسيع فى مجال القياس والاجتهاد :

إن من أهم معالم التجديد فى هذا الكتاب، عنايته بعرض النظريات التشريعية، التى تمكننا من أن نسبق غيرنا فى مجال الإصلاحات التشريعية، ونكون فى المقدمة بدلا من أن نكون أذنابا .

وقد لاحظنا أنه فى خلال ما عرضه بعد ذلك من أحكام فى القسم العام أو القسم الخاص "المجلدان الأول والثانى من كتابه" لم يشر كثيرا إلى إعمال تلك النظريات ودورها فى استنباط الأحكام الفرعية والترجيح بين الآراء المختلفة رغم اهتمامه بها فى هذا التقديم، واستخلصنا من ذلك أنه كتب هذا التقديم والتوجيه بعد أن أتم دراسة القسم الخاص والقسم العام، وأن القدر لم يمهله لكى يعيد النظر فيما كتبه فى هذين القسمين فى ضوء تلك "النظريات". وعلى ذلك فإن مهمتنا – ومهمة الأجيال القادمة – هى أن نقوم بذلك، وسوف نبذل جهدنا للاستفادة قدر المستطاع من هذه النظريات. وبخاصة نظريات المساواة .

* * *

لايجوز أن يتبادر إلى ذهن القارئ أن ما عرضه الشهيد فى الفقرات السابقة (ابتداء من رقم 20) ليس إلا بعض المبادئ الشرعية أو القواعد العامة المعروفة من قبل، ولكنه يصفها بأنها نظريات عامة كمحاولة منه لإقحام المصطلحات العصرية فى فقهنا لإلباسه لباسا عصريا. إن هذا ظن خاطئ، بل هو فى نظرنا إثم فى حقه.

إن أهم ماتتميز به عملية التنظير – كما عرضها – هو أنها تفرض علينا الرجوع إلى جذور المبادئ العامة وأصولها فى نصوص الكتاب والسنة، فإن الدارس لما قدمه "فقيهنا" فى هذه "النظريات"، يلاحظ أنها تبدأ بعرض النصوص القرآنية على أنها ليست مجرد أحكام فرعية أو تفصيلية أو توجيهات أخلاقية وسلوكية فقط كما يظن كثيرون، بل إنه يجب دراستها باعتبارها منبعا وأساسا لمبادئ عليا ونظريات عامة أصيلة .

وعلى ذلك، فإن التنظير – كما أشار له فقيهنا – يعنى الاعتماد أساسا على النصوص القرآنية والأحاديث النبوية لكى تكون محور النظريات التشريعية ومنبعا لها، الأمر الذى يثرى الفقه ويفتح مجالا واسعا للاجتهادات العصرية، ويحول دون الاكتفاء بما سار عليه البعض من إيراد تلك النصوص على أنها مجرد أحكام فرعية أو قواعد تفصيلية أو مبادئ أخلاقية .

❁ أهمية التنظير فى عصرنا وفى المستقبل :

وإنصافا لفقهائنا السابقين، يجب أن نذكر أنهم فتحوا لنا طريق "التنظير" بعنايتهم بالقياس، منذ فجر الإسلام. فالقياس فى نظرنا يمكن توسيع نطاقه تدريجيا لنصل إلى ما نسـميه "التنظير" فى عصرنا الحاضر إذا أخذنا بأوسع معانيه، لأنه كان بداية مسيرة الاجتهاد فى الفقه .

وسنعود إلى هذا الموضوع عند كلامنا عن "القياس" الذى وصل البعض إلى اعتبار أنـه يُقصد به حاليا "الاجتهاد" بجميع صوره كمصدر من مصادر الفقه[1] ونأمل أن يكون أساسا للنظريات العامة ...

– انتقاء النظريات العامة فى مقدمة الكتاب :

إنه أورد النظريات التى عرضها فى "التقديم" بعد كلامه عن خصائص الشريعة وما تتميز به من سمو وتفوق يميزها عن النظم "الوضعية"[2] وأن نصوصها الكتاب والسنة خالدة لأنها عامة مرنة تزودنا بكل مانحتاج إليه من أحكام مستحدثة فى المستقبل .

إن ما قدمه منها يتجاوز نطاق التشريع الجنائى ويدخل فى نظر البعض فى نطاق ما نسـميه الآن "القانون العام أو الدستور" من ناحية "الحريات والمساواة"، أو فى نطاق "القـانون المـدنى" مـن ناحيـة "نظريات الأسرة والزواج، والاستشهاد والتوثيق والإثبات"... فى حين أنه عَدَّها أعم من ذلك، ونحن نؤيد ذلك .

ثم إنـه يضاف لها ما يتعلق منها بالتشريع الجنائى خاصة فيما بعد. وسوف يرى القارئ أنه قد تعرض لكثير منها فى القسم العام فى الفصول التالية. ويكفى أن نشير إلى ما ورد منها فى الباب الأول الخاص "بالركن الشرعى للجريمة" وما سماه "قواعد أصولية" بند (87)، مثل مبدإ أن الأصل فى الإنسان البراءة ، وهو ما يسمى الآن مبدأ " لاجـريمة ولاعقوبـة إلا بنص" البند (89) وما بعده، الذى هو تطبيق لمبدإ البراءة والإباحة الأصلية ووجوب حمل حال الناس على الصلاح وقواعد التفسير، بند (169) وبخاصـة ضرورة إعمال "مقاصد الشارع"بند(170) ومبدأ "درء الحدود بالشبهات" بند (187) وما بعده، وقاعدة "لارجعية فى التشريع الجنائى" بند (204) وما بعده ... وهكذا، كما أننا فى حاشيتنا قد توسعنا فى عرض نظريات أخرى .

---

[1] يراجع فيما بعد تعليقنا على البند (135) وما بعده بعنوان القياس باعتباره المصدر الرابع من مصادر التشريع ضمن مباحث الباب الأول بعنوان "الركن الشرعى فى الجريمة" .

[2] البند (13) وما بعده فيما سبق .

❁ النظريات التشريعية عامة علي جميع فروع الفقه وليست خاصة بالتشريع الجنائي:

إن اهتمامـــنا بما قدمه من نظريات يوجب علينا الاعتراف بدوره الرائد والبناء فى الاجتهاد العصرى، واتجاهه إلى بناء النظريات التشريعية سواء ماكان منها عاما على جميـــع فروع القانون وماكان منها خاصا بالتشريع الجنائى. وأهم من ذلك ما نهدف إليه فى حاشيتنا مما يمكننا من مواصلة خطته عن طريق إعمال النظريات باعتبار أنها هى المـــبادئ الأصـــولية وكل مايخالفها هو حكم فرعى وليس مبدأ عاما، وهذا يوجب الالتزام بمراعاة أثرها عند المفاضلة والترجيح بين المذاهب والآراء المختلفة أولا، ثم فى اســـتنباط الأحكـــام الفرعية فى المسائل الخلافية أو التى لم يتعرض لها أسلافنا بشأن أحكام بعض الجرائم فى القسم الخاص، حتى ولو تجاوزت آراؤنا ما توصل إليه هو أو من سبقوه من فقهائنا أو تعارض معها...

ولابـــد أن يعرف القارئ أن اتجاه صديقى عبد القادر عوده للتنظير ليس جديدا علىّ، لأننى أعجبت به واستفدت منه منذ أول لقاء لى معه فى عام 1947م عندما كان هو فى بداية إعداده لهذا الكتاب، وكنت أنا أيضا فى بداية إعدادى لرسالتى فى نظرية التفتيش فى الإجراءات الجنائية أثناء بعثتى لإعداد الدكتوراه فى باريس. والتقيته لأول مـــرة فى حياتى فى أثناء عطلة صيف ذلك العام التى قضيتها فى القاهرة، وتكرر لقائى وحـــوارى معـــه بشأن رسالتى حول نظرية "العورة والحرمة" التى جعلتها موضوع رســـالتى للدكتوراه فى التفتيش فى الإجراءات الجنائية. وقد ساعدنى فى الرجوع إلى الأصول الشرعية لنظرية "الحرمة والعورة"، سواء منها ما نص عليه القرآن الكريم فى آيـــة "الاســـتئذان" أو ما ورد فى الحديث الشريف من أن الحرمة "إنما هى من أجل النظر"، فهى لاتحرم الدخول فى مساكن الناس فقط، بل تحرم مجرد النظر دون دخول، وكذلك مجرد الاستماع دون "التسور".

وإننى جعلت محور النظرية هو أن الحرمة المقررة للمساكن وأسرارها وعوراتها هى نفـــس الحـــرمة المقـــررة للأشخاص والرسائل، وهى حماية لحق سميته "حق السر" أو "الخصوصـــية" فى الاطلاع على عورات الأجسام أو البيوت بل ومجرد الأفكار (فى الرسائل) "طالما لم يعلنها أصحابها للكافة". وإن اكتشاف هذا الحق وتميزه عن الحقوق الأخرى – مثل حق الملكية أو الانتفاع– قد حظى بإشادة أستاذى "هوجنيه"، كما سجله

فى مقدمته لكتابى بالفرنسية مشيرا إلى مخالفة ذلك لما سار عليه كثيرون من "الشرّاح" فى أوربا وفرنسا من حسبان قواعد الإجراءات الجنائية مجرد أحكام إجرائية وشكلية لامجال فيها للنظريات[1] ..

فى رسالتى عن "نظرية التفتيش" قلت: إننى استنبطت "الحق فى السرية" من آية وجوب الاستئذان فى القرآن الكريم، وحديثين شريفين أحدهما: "إنما جُعل الاستئذان من أجل النظر"، والآخر قوله ﷺ: "ما معناه" : "إذا اطّلع أحد فى بيت أخيه (من ثقب بابه) بغير إذنه، فإنه لو فقأ عينه –ليمنعه من ذلك– فلا قصاص ولا دية عليه".

لقد اكتشفت أن الفقهاء اختلفوا فى مدى تطبيق هذا النص، وأن البعض يَعدّونه حكما فرعيا يمنع القصاص فى هذه الحالة، إلا أن آخرين يقولون إنه لايجوز أن يُفهم منه أنه يعطى صاحب المنزل الحق فى أن – يقلع – عين من انتهك حرمة مسكنه بالاطلاع على ما فيه من حرمات وعورات بالنظر من ثقب الباب، كل ماهنالك أنه إنما يبيح له الدفاع الشرعى عن حقه فى حرمة مسكنه وعدم اطلاع الغير على أسراره، على أن يراعى توافر شروط حالة الدفاع الشرعى .

وهنا نلاحظ أن اختلاف الآراء فى الفقه يرجع إلى تداخل النظريات الذى يؤدى إلى أن تعطل إحداها غيرها برغم تعادلهما فى الأهمية، والبعض يرجح إحداهما وغيرهم يرجح الأخرى،بل قد تتغير ظروف الزمان والمكان فيستوجب ذلك أن يغير الفقيه رأيه، أو يأتى غيره فيغيره، وكل هذه الآراء المختلفة تكون صحيحة شرعا ... وهذا فى نظرنا أساس شرعية تعدد المذاهب والآراء فى فقهنا .

والآن نقول إن قَصْر تفسير هذا النص على أنه "حكم فرعى" قد يفوِّت أحد "مقاصد الشريعة"، وهو الإشارة إلى نظرية "الحق فى حرمة السر، وحماية العورات" بل ونظرية "الدفاع الشرعى" كذلك، وإن هاتين النظريتين هما من الأهداف البعيدة التى قصد لها الحديث الشريف، وإن إعمالهما معا هو هدف عملية "التنظير"، ووجوب الاستعانة بها فى استنباط الأحكام الفرعية.

---

[1] تراجع مقدمة الأستاذ "هوجنيه" لرسالتنا فى "نظرية التفتيش" المنشورة باللغة الفرنسية فى عام 1950م على نفقة جامعة القاهرة، وسوف ننشر النص العربى المنقح لهذه الرسالة قريبا بمشيئة الله، برغم تأخرنا فى ذلك للآن.

❁ وجوب التعمق في تفسير النصوص الشرعية لاستنباط نظريات تشريعية أساسها الكتاب والسنَّة :

إنـــنا أيدنا ما ذهب إليه بعض فقهائنا من أن النص يشير إلى تطبيق مبدإ "الدفاع الشـــرعى" عن الحرمات، وهى حق كل إنسان فى ألا يطلع الغير على عوراته، ولكنه لايعفـــى صـــاحب البيت "الذى يفقأ عين من يطلع من ثقب بابه" من العقوبة (ولو كانت تعزيرا) إلا إذا توافرت شروط استعمال حق الدفاع الشرعى، وأولها ألا يكون هـــناك وســـيلة أخرى أقل ضررا على المعتدى الذى انتهك حرمة المسكن بالنظر فى ثقب الباب، وتكفى لدفع اعتدائه كما لو كان يكفى زجره أو ضربه مثلا. فلا يجوز أن نفقـــأ عينه إذا كان يكفى للدفاع الشرعى ما هو أقل من ذلك. صحيح أنه يمكن القول إنه لايعاقب بالقصاص، ولكنه يعزر إذا أسقطت عقوبة القصاص ...

إن المقصـــود بالتـــنظير هـــو عدم الاقتصار فى تفسير النص الشرعى على الحكم الفرعى المستفاد من ظاهره، بل يجب أن نتعمق فى فهمه ليكون أساسا لنظرية عامة.

وقد قدمت للقراء والباحثين نموذجا لما استفدته من حوارى مع الفقيه "عبد القادر عـــوده" مـــن اتـــباع أسلوب التنظير لجعل نصوص القرآن التى توجب الاستئذان، والأحاديث النبوية المكملة لها، أساسا فى حرمة أسرار الحياة الخاصة .

وقد تابعت هذا الأسلوب فى دراستى لنظرية الشورى[1] بل وجرائم الأموال[2] .

وللـــباحث أن يحكم على ما قدمه "فقيهنا" وما نقدمه نحن فى هذا المجال على أنها مجـــرد آراء أو اجتهادات تحتمل الصواب والخطأ، فما كان من صواب فهو من نعم الله، وما كان من خطإ فلنا مثل غيرنا أجر المخطئين ما داموا يقدمون الرأى فى حدود طاقتهم ونظرهم وتقديرهم ...

---

(1) أشرنا أخيرا فى كتابنا " فقه الشورى والاستشارة " إلى أن وجود نظرية عامة فى الشورى أصبح أمرا ضروريا فى العصر الحاضر، وحاولنا فى ذلك الكتاب بناء هذه النظرية على أساس نصوص الكتاب والسنة، وإن أساسها نصان قرآنيان، هما، آية فى سورة الشورى وأخرى فى سورة آل عمران. يراجع البند (17) و(18) فى كتابنا "فقه الشورى والاستشارة" .

(2) يراجع كتابنا الموجز فى "جرائم الأموال" فى القانون الجنائى المصرى الذى نشر عام 1953م وكتابنا "فقه الإجراءات الجنائية" ...

❁ النظريات التى أوردها ليست على سبيل الحصر، ويجب علينا مواصلة التنظير فى الحاضر والمستقبل لتجديد الفقه وتنمية أحكامه :

* * *

نحـــن نعترف لفقيهنا "عبد القادر عوده" بدور رائد فى هذا الاتجاه لأنه خصص فى تقديمـــه لكتابه عدة بنود (21 – 39) عرض فيها مبادئ أساسية فى الكتاب والسنة، وعدّهـــا نظريات عامة هى التى استعرضناها فى هذا التقديم والتوجيه. كما أننا نعتز باتجـــاه فقيهـــنا إلى بناء نظريات عامة واسعة خصبة على أساس ما كان يُعَدّ فى نظر كثيرين مجرد أحكام فرعية وردت بها نصوص القرآن الكريم أو السنة النبوية كما هو واضح فى تفسيره لآية الدين فى سورة البقرة .

إن المبادئ موضوع هذه النظريات التى عرضها كان فقهاء القوانين الوضعية يعدّونها خاصـــة بالقانون الدستورى أو المدنى. أما هو فى هذا التقديم فقد عدَّها أعم من ذلك شـــاملة لجميع فروع القانون بما فى ذلك التشريع الجنائى، كما أنه لم يقصد حصرها،بل هى فى نظره مجرد أمثلة انتقائية يجب أن يضاف إليها أكثر منها فى المستقبل.

* * *

هذا رأينا فى تعداد هذه النظريات العامة، ولذلك فإن علينا دعوة الباحثين إلى عدم التســـرع فى الحكم على ماتقدمه من أفكار أو آراء تتجاوز ماعرضه علينا، أو تزيد عليه أو تخالفه، فنحن لم نفعل سوى أن بذلنا جهدنا فى السعى نحو الهدف الذى أجهد نفسه من أجله، وهو إقناع الجميع بأن مبادئ الشريعة ونظرياتها العامة قادرة على أن تـــزودنا بكل مانحتاج إليه فى الحاضر والمستقبل من أحكام وتشريعات تحقق مصالح الأفراد والجماعات وتوجهها نحو المثل العليا، ولانحتاج إلى استيراد أحكام من الخارج.

إنـــنا نذكّـــر القـــارئ بأن مرحلة "التنظير" يقصد بها تأصيل الأحكام، أى وضع الأسس الشرعية "لنظريات عامة" تساعدنا ومن يأتون بعدنا على مواصلة تجديد الفقه وإثـــراء أحكامـــه برغم مايطرأ من تغيرات وتطورات، حتى تستغنى بها شعوبنا عن "التســـول" عـــلى موائد "الأجانب" أو نستورد قوانين مما وضعه غيرنا مما قد يلائم مجتمعاتهم، لكنها غريبة على مجتمعاتنا .

القسم الأول
من
الكتاب الأول

<عوده> ٤٠ـ سنتكلم في هذا القسم على موضوعين : أولهما ماهية الجريمة، وثانيهما أنواع الجريمة، وسنخصص لكل موضوع من هذين الموضوعين بابا خاصا ...

الباب الأول
ماهية الجريمة

٤١ـ *تعريف الجريمة* ... تعرف الجرائم في الشريعة الإسلامية بأنها محظورات شرعية[1] زجر الله عنها بحد أو تعزير.-١- والمحظورات هي: إما إتيان فعل منهيعنه، وإما

[الصدر] ... تعليق "رقم -١-" المحظورات في مفهومها اللغوي والاصطلاحي لدى فقهاء المذهب الجعفري تعني الأفعال المحرمة، فالمحظور هو الإتيان بالمحرم، وأما ترك الواجب فلا يصح إدراجه في المحظورات، لأنه ليس حراما. والتوهم الشائع القائل بأن ترك كل واجب حرام وترك كل حرام واجب لا أساس له لدى التحليل العلمي؛ لأن الواجب هو ما أمر به الشارع لمصلحة ملزمة، والحرام هو ما نهى عنه لأجل مفسدة شديدة فيه، وليس من الضروري أن يكون في ترك الواجب مفسدة، بل قد لا يعني أكثر من تضييع المصلحة المنطوية في "الامتناع عن" الفعل المحرم. وعلى هذا الأساس يتضح أن ترك الواجب ليس حراما وهو بالتالي ليس محظورا، ويصبح من الضروري أن نعطي للجريمة مفهوما أوسع مما تدل عليه كلمة (المحظور) وهذا المفهوم الأوسع هو الذنب، فإن الجريمة هي الذنب وكما أن فعل الحرام ذنب كذلك ترك الواجب فإنه ذنب شرعي أيضا ...

ولفظ الجريمة في العرف الفقهي يطلق كثيرا على الذنوب التي وضع عليها عقاب معين شرعا كالزنا وشرب الخمر، ولكن هذا لا يكفي للتدليل على أن فقهاءنا وضعوا للفظ الجريمة معنى خاصا في حدود اصطلاحهم، وأنهم عدلوا عن مفهومه العام الذي يتناول جميع الذنوب، ما وضع عليه عقاب منها وما لم يوضع، بل من الجائز أن يكون استعمال لفظ جريمة في الزنا وشرب الخمر ونظائرهما بسبب تطبيق المفهوم اللغوي العام عليها، وعلى هذا فيمكن أن نقول إن الجريمة في عرف فقهائنا هي الذنب بصورة عامة، كما هو معناها الحقيقي .... وأما الذنب الذي وضع الشارع له عقابا دنيويا معينا فهو يختص عن سائر الذنوب بلفظ الجناية، وبذلك يظهر أن الجناية أخص انطباقا =

---

(١) الأحكام السلطانية للماوردى ص (١٩٢) ...

<عوده> فعـــل مأمور به، وقد وصفت المحظورات بأنها شرعية، إشارة إلى أنه يجب في الجريمة أن تحظرها الشريعة ...

فالجريمة إذن هي إتيان فعل محرم معاقب على فعله، أو ترك فعل محرم الترك معاقب على تركه، أو هي فعل أو ترك نصت الشريعة على تحريمه والعقاب عليه ...

ويتـــبين من تعريف الجريمة أن الفعل أو الترك لا يعتبر جريمة إلا إذا تقررت عليه عقوبة ويعبر الفقهاء عن العقوبات بالأجزية، ومفردها جزاء، فإن لم تكن على الفعل أو الترك عقوبة فليس بجريمة ...

وتـــتفق الشريعة تمام الاتفاق مع القوانين الوضعية الحديثة في تعريف الجريمة فهذه القوانـــين تعرف الجريمة بأنها إما عمل يحرمه القانون، وإما امتناع عن عمل يقضي به القانون، ولا يعتبر الفعل أو الترك جريمة في نظر القوانين الوضعية إلا إذا كان معاقبا عليه طبقا للتشريع الجنائي[1] ...

= من الجريمة، فالجريمة هي الذنب، أي ذنب كان، والجناية لدى فقهائنا هي الذنب أو الجرم الذي يوجب العقاب والقصاص .. وكثيرا ما تطلق في كلماتهم على معنى أضيق دائرة من ذلك أيضا وهو الجرح والقطع فتلخص أن وضع العقاب شرعا على الذنب مقوم أساسي لمفهوم الجناية دون الجريمة ...

والعقـــاب الموضــــوع على الجنايات قسمان في المصطلح الفقهي، فهو إما حد وإما تعزير.

فـــالحد هـــو مـــا نص عليه في الكتاب والسنة، وأما التعزير فهو كل عقاب أوكلت الشريعة الإسلامية إلى الحاكم تحديده وتعيينه ...

[الشاوى] ... رأيـــنا في "تعليق -١- "... يتفق السيد الصدر مع فقيهنا في ضرورة أن يستوجب الفعـــل العقوبة لكي يكون جريمة (وإن كان يفضل اصطلاح الجناية) ويشير إلى أن العقاب إما حد وإما تعزير (أي أن القصاص يدخل في عموم اصطلاح الحدود) ...

ويقـــول إن فقهاء المذهب الجعفري لا يعُدون (ترك الواجب) من المحظورات أو "المحرمات" وإن كـــان "ذنـــبا"، أي أن الذنوب "أو المعاصي" الشرعية التي تستحق التعزير أوسع نطاقا من الجرائم "الـــتي يســـميها جـــنايات" فلا يصبح الذنب أو المعصية جريمة "جناية على حد قوله" إلا إذا وضع الشـــارع له عقابا معينا، وهذا هو ما ذهبنا إليه في تعليقنا على البند ٩٨ وما بعده ... فالخلاف هو في أن يستعمل كلمة الجناية بدل الجريمة، وأن الجريمة هي ذنب بدليل أنه يستحق التعزير ...

وسنرى فيما بعد أننا نرى أن بعض "التعازير" ليست في حقيقتها إلا تدابير وقائية وليست عقوبات جنائية كما يدعي البعض ...

---

(١) الأحكام العامة في القانون الجنائي لعلي بك بدوي جزء أول ص ٣٩، الموسوعة الجنائية جزء ثالث ص ٦.

خصص فقيهنا هذا الكتاب الأول لدراسة المبادئ العامة بشأن "الجريمة" وسيكون "الكتاب الثانى" عن "الجزاء الجنائى أو العقوبة" .

وجعـــل هذا الكتاب قسمين ، أولهما عن "تعريف الجريمة وماهيتها وأقسامها" أما الـــثانى فسيكون عن "أركان الجريمة" وهو أكبر حجما[1] ونحن ملزمون باتباع هذا التقسيم برغم مالنا عليه من ملاحظات .

* * *

الجـــريمة هـــى فعل محرم أو معصية شرعية – لكن ليس كل فعل محرم أو محظور شرعى يُعَدّ جريمة جنائية بل يجب أن يضاف لذلك عنصر آخر هو أن يقرر له جزاء جنائى .

لذلـــك يسير كثير من الفقهاء المعاصرين على تسمية القوانين الجنائية بأنها قوانين "العقوبـــات" ، وهـــذا هـــو الاسم الرسمى لمجموعة القانون الجنائى فى مصر . ونحن لانوافـــق عـــلى إطلاق هذه التسمية على التقنينات الشرعية لأنها تشمل التعازير، وسنرى فيما بعد أن التعازير تشمل تدابير الوقاية وهى ليست عقوبات جنائية .

ورأيـــنا هو وجوب التقنين بوضع نصوص تبين الأفعال التى تستحق جزاء جنائيّا وأن كـــلمة الجـــزاء تتسع للإجراءات الوقائية التى يختص بها القضاء وحده ، والمهم عندنا أن يتم التقنين قبل ارتكاب الفعل وأن يختص القضاء وحده بتطبيقه .

---

[1] يضم القسم الأول 43 بندا (من 40 – 82) . أما القسم الثانى فيحتوى على 354 ثلاثمائة وأربعة وخمسين بندا (من 83 إلى 436) .وسنبين فيما بعد أن تضخم القسم الثانى سببه أنه عدّ الموضوعات المتعلقة بالمجرم داخلة ضمن أبحاث "الركن المعنوى للجريمة" فى حين أنه كان يحسن فى نظرنا أن يكون قسما مستقلاّ موضوعه "المجرم" أو الشخص مرتكب الجريمة والمسئول عنها – كما سنبينه فيما بعد – عند تعليقاتنا على البند 273 وما بعده .

<عوده> ٤٢ـ **الجـريمة والجـناية** : وكـثيرا ما يعبر الفقهاء عن الجريمة بلفظ الجناية، والجـناية لغة اسم لما يجنيه المرء من شر وما اكتسبه، تسمية بالمصدر من جنى عليه شرا، وهو عام إلا أنه خص بما يحرم دون غيره.أما في الاصطلاح الفقهي، فالجناية: اسم لفعل محرم شرعا سواء وقع الفعل على نفس أو مال أو غير ذلك، لكن أكثر الفقهاء تعارفوا على إطلاق لفظ الجناية على الأفعال الواقعة على نفس الإنسان أو أطرافه، وهى القتل والجرح والضرب والإجهاض[١] بينما يطلق بعضهم لفظ الجناية على جرائم الحدود والقصاص[٢] ...

وإذا غضضـنا النظر عما تعارف عليه الفقهاء من إطلاق لفظ الجناية على بعض الجـرائم دون البعض الآخر، أمكننا أن نقول : إن لفظ الجناية في الاصطلاح الفقهي مرادف للفظ الجريمة ...

ويختلف معنى الجناية الاصطلاحي في القانون المصري عنه في الشريعة، ففي القانون المصري يعتبر الفعل جناية إذا كان معاقبا عليه بالإعدام أو الأشغال الشاقة المؤبدة أو الأشغال الشاقة المؤقتة، أو السجن طبقا للمادة العاشرة من قانون العقوبات المصري. فـإذا كـانت عقوبة الفعل حبسا يزيد على أسبوع، أو غرامة تزيد على مائة قرش، فـالفعل جـنحة. فإن لم يزد الحبس على أسبوع، أو الغرامة على مائة قرش، فالفعل مخالفة طبقا للمادتين (١١ ، ١٢) من قانون العقوبات المصري ...

أمـا في الشـريعة فكل جريمة هى جناية، سواء عوقب عليها بالحبس والغرامة أم بأشـد مـنهما. وعلى ذلك فالمخالفة القانونية تُعَدّ جناية في الشريعة، والجنحة تعتبر جناية والجناية في القانون تعتبر جناية في الشريعة أيضا ...

وأسـاس الخلاف بين الشريعة والقانون هو أن الجناية في الشريعة تعني الجريمة أيا كـانت درجة الفعل من الجسامة، أما الجناية في القانون فتعني الجريمة الجسيمة دون غيرها ...

٤٣ـ **علـة الـتحريم والعقاب** : والأفعال التى تُعَدّ جرائم يؤمر بها أو ينهى عنها؛ لأن في إتيانها أو في تركها ضررا بنظام الجماعة أو عقائدها، أو بحياة أفرادها، أو بأموالهم

---

[١] البحر الرائق الجزء الثامن ص (٢٨٦) والزيلعي الجزء السادس ص (٩٧) ...

[٢] تبصرة الحكام جزء ثان ص (٢١٠) ...

﴿عوده﴾ أو بأعراضهم أو بمشاعرهم أو بغير ذلك من شتى الاعتبارات التي تستوجب حال الجماعة صيانتها وعدم التفريط فيها ...

وقد شرع العقاب على الجريمة لمنع الناس من اقترافها؛ لأن النهي عن الفعل أو الأمر بإتيانه لا يكفي وحده لحمل الناس على إتيان الفعل أو الانتهاء عنه. ولولا العقاب لكانت الأوامـــر والنواهي أمورا ضائعة وضربا من العبث. فالعقاب هو الذي يجعل للأمر والنهي معـــنى مفهومـــا ونتـــيجة مرجوة، وهو الذي يزجر الناس عن الجرائم، ويمنع الفساد في الأرض ويحمل الناس عن الابتعاد عما يضرهم، أو فعل ما فيه خيرهم وصلاحهم ...

والعقوبـــات، وإن شـــرعت للمصلحة العامة، فإنها ليست في ذاتها مصالح بل هى مفاســـد، ولكن الشريعة أوجبتها لأنها تؤدي إلى مصلحة الجماعة الحقيقية، وإلى صيانة هذه المصلحة. وربما كانت الجرائم مصالح، ولكن الشريعة نهت عنها لا لكونها مصالح، بـــل لأدائهـــا إلى المفاسد. فالزنا وشرب الخمر والنصب واختلاس أموال الغير وهجر الأسرة والامتناع عن إخراج الزكاة : كل ذلك قد يكون فيه مصلحة للأفراد، ولكنها مصالح ليس لها اعتبار في نظر الشارع وقد نهى عنها، لا لكونها مصالح، بل لأنها تؤدي إلى إفساد الجماعة ...

والأفعال التي هى مصلحة محضة أو مفسدة محضة قليلة جدا، وأكثر الأفعال تختلط فيها المصالح والمفاسد، والإنسان بطبعه يؤثر ما رجحت مصلحته على مفسدته، وينفر ممـــا ترجح مفسدته على مصلحته، ولكنه في اختياره ينظر لنفسه لا للجماعة، فيؤثر ما فيه مصلحته ولو أضر بالجماعة. وينفر مما يراه مفسدة عليه، ولو كان فيه مصلحة للجماعة. وقد شرعت العقوبات بما فيها من التهديد والوعيد والزجر علاجا لطبيعة الإنســـان. فإن الإنسان إذا نظر إلى مصلحته الخاصة وما يترتب عليها من العقوبات نفـــر مـــنها بطبعه، لرجحان المفسدة على المصلحة، وكذلك إذا ما فكر في الواجب ومـــا يجلـــبه عليه من المشاق، فقد يدعوه ذلك لتركه، لكنه إذا ذكر ما يترتب على الـــترك مـــن عقوبة حمله على إتيان الفعل، والصبر على المكروه والمشقة. فالعقوبات مقـــررة لحمـــل الناس على ما يكرهون مادام أنه يحقق مصلحة الجماعة، ولصرفهم عما يشتهون مادام أنه يؤدي إلى إفساد الجماعة، وهذا مصداق قولهﷺ : "حفت الجنة بالمكاره وحفت النار بالشهوات" ..

<عوده> ومــن المسلم به أن هناك أناسا يفعلون الفعل؛ لأنه مأمور به، وينتهون عنه لأنــه منهي عنه، لا حذرا من العقوبة، ولا خوفا من النكال، ولكن حياء وخجلا أن يكونوا عاصين ومبادرة للطاعة، وتحقيقا لمصلحة الجماعة، ولكن أمثال هؤلاء قليلون جدا، والأحكام تشرع للكثرة الغالبة لا لمثل هذه القلة النادرة ...

وخلاصــة مــا تقدم : أن الشريعة الإسلامية اعتبرت بعض الأفعال جرائم وعاقبت عــليها لحفــظ مصالح الجماعة، ولصيانة النظام الذي تقوم عليه الجماعة، ولضمان بقاء الجماعــة قوية متضامنة متخلقة بالأخلاق الفاضلة. والله الذي شرع هذه الأحكام وأمر بها لا تضره معصية عاص ولو عصاه أهل الأرض جميعا، ولا تنفعه طاعة مطيع ولو أطاعه أهــل الأرض جميعــا، ولكنه كتب على نفسه الرحمة لعباده، ولم يرسل الرسل إلا رحمة لــلعالمين، لاستنقاذهم من الجهالة، وإرشادهم من الضلالة، ولكفهم عن المعاصي، وبعثهم على الطاعة ...

۞ 42، 43 الجنايات هي الجرائم الخطيرة وجميع الأحكام الجنائية لصالح المجتمع:

يقول إن "أكثر الفقهاء تعارفوا على إطلاق لفظ الجناية على الاعتداءات الواقعة عــلى نفــس الإنسان (أى حياته) أو أطرافه – بينما يطلق بعضهم لفظ الجناية على جــرائم الحدود والقصاص"، لكنه اقترح أن يغض النظر عن هذا التقسيم وأن يُعَدّ لفــظ الجناية فى الفقه مرادفا للفظ الجريمة عموما ... دون نظر إلى جسامتها أو نوع العقوبــة المقــررة لها، كما أنه عاد لهذه الفكرة (فى البند 51) عند كلامه عن تقسيم الجــرائم المبنى على جسامة العقوبة ،وعن التفرقة التى سار عليها فقهاؤنا بين جرائم الحدود والقصاص من ناحية والتعازير من ناحية أخرى .

وتقســيم الجرائم بحسب نوع العقوبة هو ما تسير عليه جميع التشريعات الوضعية كمــا سار عليه فقهاؤنا باهتمامهم بالتفرقة بين الجرائم التى تستحق عقوبات الحدود والقصاص متى توافرت فيها شروط معينة ، وغيرها مما يستحق "التعزير" فقط.

لكن هذا لايمنع من وجود تقسيمات أخرى استعرضها فيما بعد[1] .

ونحن لانكتفى بالتقسيمات التى عرضها ، بل اقترحنا تقسيما موضوعيّا بناء على طبيعة الحق الذى وقع عليه الاعتداء[2] . ونَعُدّ هذا أهم التقسيمات فى نظر الشريعة، ويــدل عــلى ذلــك قوله: "إن أكثر الفقهاء تعارفوا على إطلاق لفظ الجناية على الاعتداءات الواقعة على نفس الإنسان أو أطرافه" يؤكد ماتميز به فقهنا وشريعتنا من إعطاء أهمية قصوى لردع الاعتداءات على حقوق الانسان وعَدّها من أخطر الجرائم عــلى المجتمع ووصفها دون غيرها بأنها جنايات، وهذا هو أساس التقسيم الموضوعى للجرائم المبنى على طبيعة الحق الذى وقع عليه الاعتداء .

وفى رأيــنا أن التفرقة بين جرائم الحدود والقصاص، وبين التعازير ضرورى وله نتائج عمــلية كبيرة. ذلك أن عقوبات الحدود والقصاص هى عقوبات بدنية رادعة وزاجرة، فرضتها الشريعة بنصوص قرآنية أو أحاديث نبوية لكونها جرائم اقترنت بظروف مشددة خطيرة تهدد كيان المجتمع وحقوق الإنسان، ولذلك فمن المنطقى أن تُعَدّ جنايات[3] .

---

[1] البند (50) وما بعده .

[2] يراجع تعليقنا على البند (50) فيما بعد .

[3] وسترى فى المجلد الثانى المتعلق بالقسم الخاص أنه اكتفى بدراستها وترك التعازير .

❁ لانقر القول بأن بعض الأحكام الجنائية مقررة لصالح الفرد وحده :

أمـــا مـــا عدا ذلك من المعاصى، فمن المتفق عليه أن تقدير الجزاء التعزيرىّ فيها متروك للفقه والقضاء .

الشريعة كغيرها من النظم الجنائية تعاقب على الأفعال التى تضر بمصلحة الجماعة ونظامهـــا وأمنها. ويسرنا أنه لم يشر فى هذا البند إلى وصف بعض الأحكام الجنائية التى تحمى سلامة الأشخاص بألها مقررة لمصلحة الأفراد بحجة أن عقوبة القصاص فيها لمصلحة فرد هو المجنى عليه أو ولى الدم، وهو قول اعترضنا عليه دائما لأنه فى نظرنا لايمكـــن القول بأن المعاقبة على بعض الجرائم بعقوبة مقررة هو لصالح فرد معين ولو كـــان هو المجنى عليه. لأن مصلحة المجنى عليه فى معاقبة الجانى إنما هى تابعة ونتيجة لمصـــلحة الجماعة لأنه أحد أفرادها الذين تلتزم بتأمينهم وحمايتهم وحماية مصالحهم . فالجـــزاء عـــلى جميع الجرائم مقرر لمصلحة الجماعة أولا ودائما وهو التعزير. وكل مـــايمكن قوله هو أنه فى بعض الجرائم يكون للمجنى عليه دور شرعى فى إجراءات المحاكمة ونوع العقوبة وتنفيذها. ولاحاجة لوصف الجريمة بألها مقررة لمصلحته، لأن حقـــه فى العفـــو أو التصالح مقصور أثره على إسقاط عقوبة معينة هى القصاص أو الديـــة، لكنه لايستطيع أن يمنع التعزير الذى هو الأصل فى نظرنا وهو حق للمجتمع فى هـــذه الجرائم كما فى غيرها، ولهذا حرصنا دائما على الإشارة إلى أن التعزير هو العقوبة الأصلية فى جميع الجرائم (بما فيها جرائم الحدود والقصاص).

وقد أوضح فى نهاية البند أن وصف العقاب على الجرائم بأنه حق لله يقصد به ألها مقـــررة لصالح المجتمع.،لأن الله سبحانه يفرض الأحكام الجنائية لإصلاح المجتمعات واستقرارها وتقدمها. ومادام التعزير دائما مقرر لمصلحة المجتمع فهو أيضا من حقوق الله. وفى نظرنا أن الجزاء الشرعى فى جميع الجرائم تعزيرا هو حق للمجتمع وحق لله أيضا، ولكن حرص فقهائنا على وصف الحدود بألها حق لله قصد به ما أشرنا إليه من قبل من قول ابن تيمية من أن هذه العقوبات البدنية عبادات قصد بها تفادى العقاب الأخـــروى، ودفع العصاة إلى التوبة التى تسقط عقوبة الحد لألها تغنى عنها، ولذلك يمكن القول بألها خاصة بالمسلمين دون غيرهم ، أما التعازير فتطبق على الجميع .

(عوده) ٤٤ ـ *الشريعة والقانون* : وتتفق الشريعة الإسلامية مع القوانين الوضعية في أن الغـرض مـن تقريـر الجرائم والعقاب عليها هو حفظ مصلحة الجماعة وصيانة نظامها، وضمان بقائها ...

ولكن الشريعة "بالرغم من هذا الاتفاق الظاهر" تختلف عن القوانين الوضعية من وجهتين :

٤٥ ـ *الوجـه الأول مـن الخـلاف بين الشريعة والقانون* : تَعُد الشريعة الأخلاق الفاضـلة أولى الدعائم التي يقوم عليها المجتمع، ولهذا فهي تحرص على حماية الأخلاق وتتشـدد في هذه الحماية بحيث تكاد تعاقب على كل الأفعال التي تمس الأخلاق. أما القوانـين الوضعية فتكاد تهمل المسائل الأخلاقية إهمالا تاما، ولا تعنى بها إلا إذا أصاب ضررها المباشر الأفراد أو الأمن أو النظام العام، فلا تعاقب القوانين الوضعية مثلا على الزنا إلا إذا أكره أحد الطرفين الآخر، أو كان الزنا بغير رضاه رضاء تاما؛ لأن الزنا في هـاتين الحالتين يمس ضرره المباشر الأفراد كما يمس الأمن العام. أما الشريعة فتعاقب عـلى الزنا في كل الأحوال والصور؛ لأنها تعُد الزنا جريمة تمس الأخلاق، وإذا فسدت الأخلاق فقد فسدت الجماعة وأصابها الانحلال. وأكثر القوانين الوضعية لا تعاقب على شرب الخمر، ولا تعاقب على السكر لذاته، وإنما تعاقب السكران إذا وجد في الطريق العـام في حالة سكر بين؛ فالعقاب على وجوده في حالة سكر بين في الطريق العام؛ لأن وجـوده في هذه الحال يعرض الناس لأذاه واعتدائه، وليس العقاب على السكر لذاته باعتـباره رذيـلة ولا على شرب الخمر باعتبار أن شربها مضر بالصحة متلف للمال، مفسـد للأخـلاق. أمـا الشريعة فتعاقب على مجرد شرب الخمر، ولو لم يسكر منها الشـارب لأنها تنظر إلى الجريمة من الوجهة الخلقية التي تتسع كما نعلم لشتى المناحي والاعتبارات. فإذا صِينَتْ الأخلاق، فقد صينت الصحة والأعراض والأموال والدماء، وحفظ الأمن والنظام ...

والعلة في اهتمام الشريعة بالأخلاق على هذا الوجه، أن الشريعة تقوم على الدين وأن الدين يأمر بمحاسن الأخلاق، ويحث على الفضائل، ويهدف إلى تكوين الجماعة الصالحة الخيرة. ولما كان الدين لا يقبل التغيير والتبديل، ولا الزيادة والنقص، فمعنى ذلـك أن الشريعة ستظل ما بقى الدين الإسلامي حريصة على حماية الأخلاق آخذة بالشدة على من يحاول العبث بها...

<عوده> والعلة في استهانة القوانين الوضعية بالأخلاق، أن هذه القوانين لا تقوم على أساس من الدين، وإنما تقوم على أساس الواقع وما تعارف الناس عليه من عادات وتقاليد، والقواعد القانونية الوضعية يضعها عادة الأفراد الظاهرون في المجتمع بالاشتراك مع الحكام وهم يتأثرون حين وضعها بأهوائهم، وضعفهم البشري، ونزعاتهم الطبيعية إلى التحلل من القيود. كذلك فإن هذه القواعد قابلة للتغيير والتبديل بحسب أهواء القائمين على أمر الجماعة، فكان من الطبيعي أن تهمل القوانين الوضعية المسائل الأخلاقية شيئا فشيئا وأن يأتي وقت تصبح فيه الإباحية هى القاعدة والأخلاق الفاضلة هى الاستثناء. ولعل البلاد التي تطبق القوانين الوضعية قد وصلت إلى هذا الحد الآن ...

ويترتب على هذا الفرق بين الشريعة والقوانين الوضعية، أن يزيد عدد الأفعال التي تكون الجرائم الأخلاقية، ويتسع مداها في البلاد التي تطبق الشريعة، وأن يرتفع مستوى الأخلاق والقيم الروحية إلى أعلى درجاته في هذه البلاد. أما البلاد التي تطبق القوانين الوضعية فإن مستوى الأخلاق فيها ينحط إلى أدنى درجاته، وترتفع القيم المادية بينما تنحط القيم الروحية وتتفشى الإباحية البهيمية، وتنكمش الإنسانية، وتقل الأفعال التي تعد جرائم أخلاقية حتى لتكاد تنعدم ...

٤٦ـ *الوجه الثاني من الخلاف بين الشريعة والقانون* : إن مصدر الشريعة الإسلامية هو الله ؛ لأنها تقوم على الدين، والدين من عند الله، أما مصدر القوانين الوضعية فهم البشر الذين يقومون بوضع هذه القوانين. ومن يراجع الجرائم والعقوبات في الشريعة الإسلامية يتبين أن بعض الأفعال قد عدت جرائم وقررت عقوبتها بنص القرآن، وأن البعض قد عد جريمة أو تقررت عقوبته بفعل الرسول أو قوله، وأن البعض الآخر قد ترك فيه تحديد الفعل المكون للجريمة والعقوبة المقررة لها إلى الهيئة الحاكمة، ولكن لم يترك لهذه الهيئة أن تفعل ما تشاء بل هى مقيدة في اعتبار الفعل جريمة، وفي تقرير العقوبة عليه بقواعد الشريعة العامة وروحها، فليس لها أن تحرم ما أحل الله، ولا أن تحل ما حرمه، ولا أن تعاقب بغير ما أمر به، ولا بما يخالف قواعد الشريعة وروحها العامة. ومن ثم يمكن القول بأن القسم الجنائي في الشريعة كله من عند الله، ولو أن تقرير بعض الجرائم وتحديد عقوبتها من عمل البشر مادام أنهم يعملون في حدود ما أنزل الله على رسوله .

〈عوده〉 ٤٧ **ما يترتب على كون الشريعة من عند الله** : ويترتب على كون الشريعة من عند الله نتيجتان مهمتان :

النتيجة الأولى : ثبات القواعد الشرعية واستمرارها ولو تغير الحكام أو اختلفت أنظمة الحكم فيستوي أن تكون الهيئة الحاكمة محافظة أو مجددة، ويستوي أن يكون نظام الحكم جمهوريا أو ملكيا فإن ذلك لم يؤثر على القواعد الشرعية في شيء ما؛ لأن القواعد الشرعية لا ترتبط بالهيئة الحاكمة ولا بنظام الحكم، وإنما ترتبط بالدين الإسلامي الذي لا يتغير ولا يتبدل والذي يؤمن به كل حاكم ويستخدم له كل نظام. وليس الأمر كذلك في القوانين الوضعية التي يضعها الحكام لحماية المبادئ التي يعتنقونها، وخدمة الأنظمة التي يقيمونها، فإن هذه القوانين عرضة للتغيير المستمر وفي طبيعتها عدم الاستقرار ويكفي أن تتغير الهيئة الحاكمة أو يتغير النظام القائم، لتتغير القوانين وتنقلب الأوضاع ...

النتيجة الثانية : احترام القواعد الشرعية احتراما تاما، بحيث يستوي في هذا الفريق الحاكم والفريق المحكوم؛ لأن كليهما يعتقد أنها من عند الله، وأنها واجبة الاحترام. وهذا الاعتقاد بالذات يحمل الأفراد على طاعة القواعد الشرعية؛ لأن الطاعة تقربهم مع الله طبقا لقواعد الدين الإسلامي؛ ولأن العصيان يؤدي إلى العقوبة في الدنيا وإلى ما هو شر من العقوبة في الآخرة. فنسبة الشريعة إلى الله أدت إلى احترام الأفراد لها وطاعتها، وكل شريعة في العالم تقدر قيمتها بقدر مالها في نفوس الأفراد من طاعة واحترام، وليس في العالم اليوم شريعة تداني الشريعة الإسلامية في هذا. ولاشك فى أنه كلما ازداد احترام الأفراد لشريعتهم وزادت طاعتهم لها، استقرت أمورهم وحسنت أحوالهم، وتفرغوا لشئون دنياهم ...

هذا هو شأن الشريعة وما ترتب على نسبتها لله ﷻ. أما القوانين الوضعية فهي كما قلنا من صنع الفئة الحاكمة، وهى حين تضعها تراعي مصلحتها دون غيرها من الفئات وتحاول أن تحمي بالقوانين أشخاص رجالها، والمبادئ التي يعتنقونها، والأنظمة التي يقيمونها. فإذا ما ذهبت هذه الفئة وجاء غيرها، تغيرت القوانين لتحمي الفئة الجديدة والمبادئ الجديدة، والأنظمة الجديدة. وهكذا تتغير القوانين بتغير الحاكمين والمبادئ والأنظمة التي يقوم عليها الحكم، وهى لا تفتأ تتغير وتتبدل بين حين وآخر، وهذا يؤدي إلى عدم احترام القانون وإلى ذهاب سطوته من النفوس، بل إلى عدم الاكتراث به،

<عوده> حتى لقد أصبحنا اليوم نرى الأحزاب المعارضة تحرض أنصارها على الاستهانة بالقـــانون والخروج على أحكامه لتصل على أشلائه إلى أغراضها، وما على الأحزاب المعارضـــة وأصـــحاب الدعوات الجديدة أو الدعوات الهدامة حرج فيما يدعون إليه، مـــاداموا يـــرون أن القانون من صنع أفراد مثلهم وأنه وضع لحماية أناس ليسوا خيرا مـــنهم، أو أنظمة هي شر في نظرهم. ولعل فيما هو حادث اليوم في البلاد الأوربية من تـــبدل الأنظمة والحكام وشكل الحكومات الدليل المقنع على زوال سطوة القانون من نفـــوس الأفـــراد، ولـــو استمر الحال على ذلك لذهبت كل قيمة للقوانين الوضعية، وأصبحت لا تساوي أكثر من الورق الذي كتبت عليه ...

ويجب ألا ننسى أن نسبة الشريعة الإسلامية لله إنما هي تقرير للواقع والمنطق، فمن يؤمـــن بأن الدين الإسلامي من عند الله وجب عليه أن يؤمن بأن الشريعة الإسلامية مـــن عـــند الله لأن الشريعة هي بالذات القواعد التشريعية للدين الإسلامي، جمعت أحكامـــه مـــن عبادات، ومعاملات وأحوال شخصية وجنايات وغير ذلك، وليس الغرض من الشريعة خدمة فرد أو هيئة أو جنس أو نظام معين، وإنما وجدت الشريعة لخدمـــة بني الإنسان كافة على اختلاف ألوانهم وألسنتهم ومناهجهم، كما وجدت لإقرار المساواة والعدالة بينهم ولتيسير أمورهم، فنسبتها إلى الله لا تفيده ﷻ شيئا لأنه غـــني عـــن خـــلقه، وإنمـــا تفيد هذا المجتمع الضال الهداية والاستقرار، وتعود عليه بالاطمئنان والثقة، وتؤدي به إلى الحياة الطبيعية القائمة على المحبة والإيثار، والمساواة والعدالة ...

۞ 44 – 47 – أهمية الطابع الديني في شريعتنا يعطي للعنصر الأخلاقي دورا كبيرا – وهو أساس سيادتها على المجتمعات والدول :

التفرقة بين الشريعة والقوانين الوضعية من حيث أهمية العنصر الأخلاقي والقيم الاجتماعية في التجريم الشرعي بسبب أن منبعها عقيدى إلهى دينى، فى حين أن الحكومات أو الدول التى "تضع" القوانين الوضعية إنما تتأثر بمصالحها بل وأهواء المسيطرين عليها فى كثير من الأحيان. ونحن نلمس ذلك وننتقده عندما نعارض فى ذلك النوع من القوانين التى تكون فى الغالب جائرة "سيئة السمعة" .

وقد أشارت لذلك المذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين الجنائى الشرعى الذى أعدته لجنة خاصة بمجلس الشعب المصرى بقولها (ص309) :

"إن شريعتنا تمتاز عن القوانين الوضعية فى تأكيد الإيمان باليوم الآخر وما ينتظر الناس جميعا من حساب وجزاء أخروى. فهى لاتقتصر على الجزاء الجنائى وإنما تغرس فى نفوس المؤمنين بها عقيدة البعث والنشور والجزاء الأخروى الذى يكون له فى كثير من الأحيان فاعلية أكبر من الجزاء الجنائى الدنيوى فى ردع النوازع الإجرامية ، وتضيف لذلك تدابير عبادية واجتماعية تربوية تكفى فى نظرها لإلزام الأفراد بالاستقامة وابتعادهم عن جميع الانحرافات ولو لم تقرر لها عقوبات جنائية. إن العقوبات الجنائية ليست لها فاعلية دائما كما يظن البعض لأن كثيرا من المجرمين يقدمون على ارتكاب الجرائم معتقدين أنهم سوف يفلتون من المحاكمة ويتخذون الاحتياطات للفرار، وفى كثير من الحالات يحفظ التحقيق فيها لعدم معرفة الفاعل، بل إنه إذا وجه الاتهام لشخص فإن لديه وسائل كثيرة للإفلات من الإدانة الجنائية حتى عند تقديمه للمحاكمة لأن المحاكمات لا تؤدى دائما إلى إدانة المتهمين لعدم كفاية الأدلة أو التشكك فيها. الأمر الذى يفسر دائما لمصلحة المتهم أو مجرد البطلان فى الإجراءات" .

* * *

فى نهاية البند 46 إشارة إلى أن تحديد بعض الجرائم وعقوبتها أو جزاءاتها (التعزيرية) من عمل البشر – بشرط أن يلتزموا بمبادئ الشريعة فيما يتعلق بالمعاصى – ونحن نضيف أن البشر المفوض لهم ذلك هم العلماء والفقهاء المجتهدون، أهل الاجتهاد، وليس أصحاب السلطة فى الدولة .

إن إشارته للهيئة الحاكمة التى فوض لها المشرع تقنين التعازير أمر يحتاج إلى إيضاح، فإن البعض قد يفهم أن المقصود بها "الحكومة" أو رئيس الدولة وهذا غير وارد، ولم

❁ تجريم التعازير يتبع ما قررته الشريعة بشأن المعاصي الدينية :

نسمع طوال تاريخنا الإسلامى أن السلطان أو الخليفة أو الأمير أو الحكومة كان لهم أى دور فى تحديــد جرائم التعازير أو عقوباتها. وإنما كان ذلك من اختصاص القضاة الذين كان يشترط فيهم أن يكونوا "مجتهدين" .

وسبب الخلط أن كتب الفقه كانت تسمى القاضى "الحاكم". فالحكام فى نظرهم هـــم القضاة وهم مستقلون عن الخلفاء والسلاطين والأمراء وكان يشترط فيهم أن يكونوا فقهاء ومجتهدين .

ولذلـــك قلنا بأن أولياء الأمر فى التعازير هم أهل الاجتهاد الفردى أو الجماعى، وكان يمثلهم فيما مضى القضاة المجتهدون .

ونعـــتقد أن ذلـــك يسوّغ إلحاحنا على ضرورة قيام الفقه بتقنين التعازير ، حتى لايترك المجال مفتوحا أمام السلاطين والأمراء ورؤساء الدول ليتدخلوا فى التشريع – وذلـــك لتبقى للشريعة صفتها الإلهية المنزهة عن أهواء ذوى السلطان – ولاتتحول الـــتعازير إلى مجـــال مفـــتوح للقوانين الوضعية التى تستغلها بعض الهيئات المسيطرة لمصالحها الذاتية أو لأهوائها وبغيها بواسطة القوانين الوضعية الجائرة أو سيئة السمعة.

* * *

يشـــير فقيهنا إلى أن المنبع الإلهى لشريعتنا يكسبها صفات الثبات والاستقلال عن "الهيـــئات الحاكمـــة" أى الـــدول والنظم السياسية والسلاطين، بل إنها تلزم الحكام وتحاســـبهم كما تلزم المحكومين وتحاسبهم – فهى فوق الدول والحكومات وتخضع لها جميـــع الســـلطات (بمـــا فى ذلك ما يسمى "السلطة التشريعية") لأنها من عند الله – وليست تعبيرا عن إرادة الدول أو حكامها مثل القوانين الوضعية التى تفرضها الدول.

ومن حسن الحظ أنه أورد خصائص الشريعة هذه مباشرة عقب إشارته (فى نهاية البـــند 46) إلى أن تحديد بعض الجرائم وعقوبتها من عمل البشر ... برغم أنه يجب القـــول بأن مصدر التشريع الجنائى فى الشريعة – بمعناها العام – من عند الله بما فى ذلك التعازير لأنها تجب فى المعاصى الشرعية بحسب الأصل .

ونعتقد أن واجبنا هنا أن نشير إلى أن البشر الذين تعطيهم الشريعة الحق فى تحديد بعض الجرائم وعقوبتها (يقصد التعازير) ليسوا هم السلاطين أو من يمثلون سلطات "الدولـــة"، ولا يجوز فى عصرنا أن يكونوا أفرادا مهما تكن صفاتهم أو مسئولياتهم، لأننا نرى أن الاجتهاد الفردى قد انتهى من زمن، وأن قفل باب الاجتهاد لا يعنى

توقف الاجتهاد وإنما يعنى فقط أنه يجب أن يكون جماعيا، وأن فقهنا دخل مرحلة المؤسسات أى أن الاجتهاد حق البشر كجماعات أو شعوب أو أمة بطريق الشورى – بواسطة من يمثلونها من أهل الاجتهاد الذين فوضتهم الشريعة الإلهية لإتمام أحكامها (فى التعازير) وتختارهم الأمة أو الجماعة لهذه المهمة بالطريق الشرعى الوحيد الذى تمارس به الجماعة سلطانها وهو الشورى الحرة (التى تلزم الجميع) وإذا تعذر على الجماعة أو الأمة ممارسة هذا الحق بطريق مباشر فإن من حقها أن تفوض علماءها وممثليها ونوابها (من أهل الذكر) كمؤسسة تنوب عن الأمة فى ممارسة هذه "الولاية التشريعية" فى نطاق التعازير .... لكى يلتزموا باستنباط أحكامهم من المصادر الشرعية ويلتزموا بمقاصدها وأصولها . وقد يسارع البعض إلى القول بأن هذا هو ما تفرضه النظريات الديمقراطية العصرية التىتجعل سلطة التشريع للمجالس النيابية المنتخبة انتخابا حرّا – ونحن نوافق على ذلك مع إضافة الشرط الذى أكده الشهيد فى العبارة التى أشرنا إليها (فى نهاية البند 46) ونصها "مادام أنهم يعملون فىحدود ما أنزل الله". وهذا هو الفارق الجوهرى الذى يميز الشورى الإسلامية عما نسميه "الديمقراطية"،[1] ولكى يكون الاجتهاد فى حدود ما أنزل الله يجب أن يكونوا من الفقهاء وأهل الاجتهاد أو أهل الذكر .

وعلى الفقهاء والباحثين المسلمين أن يجهدوا أنفسهم فى ابتكار القواعد والنظم التى توفر لنا الضمانات التى تلزم ما نسميه الآن بالسلطة التشريعية بالالتزام بمصادر الشريعة الإلهية ومقاصدها وأصولها – وأول هذه الضمانات هو اشتراط مؤهلات علمية أو خبرات تخصصية فيمن يختارون لهذه المهمة،وكذلك الفصل الكامل بينها وبين سلطات "الدولة"وحكامها ،وهذا يؤكد مدى أهمية مبدإ الفصل بين السلطات فى شريعتنا الغراء.

وفى نظرنا أن فقهاءنا عدّوا القضاة دائما من الفقهاء لذلك يساهمون فى ولاية التشريع التى خصوا بها الفقهاء الذين تعُدّهم الأمة مجتهدين ، وتفوضهم ليمارسوا

---

[1] توسعنا فى شرحه فى كتاب خصصناه لذلك بعنوان: "الشورى أعلى مراتب الديمقراطية" نشرته دار الزهراء للنشر والإعلام عام 1995م .

❁ ولاية القضاء من اختصاص أهل الاجتهاد وهو مستقل عمن يمثلون سلطة الدولة والمجتهدون هم أولياء الأمر فى التشريع والقضاء وليس لرئيس الدولة غير المجتهد

مهمـــة الاجـــتهاد أى استنباط الأحكام ويشترط الفقه أن يكون القضاة منهم — وبذلـــك حـــرموا "الدولـــة" كذلك من التدخل فى القضاء وحرموا على السلاطين ممارســـته كما حرموهم من التدخل فى التشريع — وإن بقى لهم دورهم التنفيذى فى الالتزام بتنفيذ أحكام القضاء وأحكام الشريعة .

ولذلك،فـــإن مـــا استطرد إليه الفقيه الشهيد من مجاراة بعض العلماء أو الباحثين العصـــريين فى الإشارة إلى أن "ولى الأمر" هو رئيس الدولة[1] يُعَدّ فى نظرنا تجاوزا لا نقره لأن أولياء الأمر فيما يختص بالتشريع هم من يتولون الاجتهاد (الجماعى حاليا) الذيـــن تعـــترف الأمـــة لهم بهذه الصفة وتفوضهم ليقوموا بهذه المهمة مستقلين عن أصحاب السلطة ...

[1] هذا هو ما قرأناه فى بعض كتابات الإسلاميين "العصريين" — ونحن لا نؤيده .يراجع البند 52 وإشارته المتكررة إلى أن من سماه "رئيس الدولة " هو ولى من لا ولى له ، ولذلك فإن له حق العفو عن عقوبة التعازير ..... وسنعود لذلك .

<عوده> ٤٨ـ *الجرائم التأديبية أو الأخطاء الإدارية*: لم يفرق الفقهاء بين الجريمة الجنائية والجريمة التأديبية أو الأخطاء الإدارية كما يفرق بينهما شراح القانون اليوم، والعلة في ذلك ترجع إلى طبيعة العقوبات في الشريعة من ناحية، وإلى تحقيق العدالة من ناحية أخرى، فالجرائم في الشريعة إما أن تكون جرائم حدود أو جرائم قصاص، أو جرائم تعازير. والخطأ الإداري إذا لم يكن جريمة من جرائم الحدود أو القصاص فهو جريمة من جرائم التعازير. فإذا كون الخطأ الإداري جريمة يعاقب عليها بحد أو قصاص، عوقب عليه بهذه العقوبة. ومحاكمة الجاني جنائيا ومعاقبته بالعقوبات المقررة لجرائم الحدود والقصاص تمنع من محاكمته تأديبيا وتوقيع عقوبات تأديبية عليه؛ لأن هذه العقوبات التأديبية لن تكون إلا عقوبات تعزيرية وهى عقوبات جنائية، فكأن الجاني يعاقب مرتين بعقوبات جنائية على فعل واحد فضلا عن أن عقوبات الحدود والقصاص هى أشد العقوبات في الشريعة، وفيها الكفاية لتأديب الجاني وزجره ...

وإذا كان الجاني موظفا. فإنه يمكن عزله أو وقفه عن الوظيفة إذا ثبتت عليه الجريمة، ويصح اعتبار العزل والوقف عقوبة تعزيرية سببها ارتكاب الجريمة، كما يصح أن يقال : إن العزل والوقف لم يقصد بهما العقاب، وأن سببهما زوال صلاحية الجاني لشغل الوظيفة أو مباشرة أعمالها لأن الوظائف في الأصل لا يتولاها المجرمون، فإذا تولاها من ليس مجرما ثم أجرم أصبح بإجرامه غير صالح لتولي الوظيفة حيث زالت صلاحيته بارتكابه الجريمة ...

وإذا لم تكن الجريمة التي ارتكبها الموظف حدا أو قصاصا فهى من التعازير؛ لأن كل ماعدا الحدود والقصاص يدخل في التعازير سواء جاءت به نصوص الشريعة أم حرمته الهيئة التشريعية طبقا للسلطان الذي منحته لها نصوص الشريعة، وإذا كانت الجريمة من التعازير فلا تجوز فيها المحاكمة التأديبية؛ لأن العقوبات التأديبية كالتوبيخ والإنذار والعزل وما أشبه ذلك، كل هذه عقوبات تعزيرية فلو حوكم الموظف مثلا تأديبيا، ثم حوكم جنائيا لعوقب كل مرة بعقوبة تعزيرية، ولكانت النتيجة أنه حوكم مرتين على فعل واحد هو جريمة تعزيرية، وعوقب مرتين على نفس الفعل بعقوبة تعزيرية أي عقوبة جنائية، وهذا ما تأباه نصوص الشريعة؛ لأن القاعدة العامة فيها أن لا يعاقب الإنسان على فعل واحد مرتين. فالمانع إذن من اعتبار الجريمة تأديبية أن الفعل يعتبر جريمة جنائية، وأن العقوبة التي يمكن أن توقع في المحاكمة التأديبية هى نفس العقوبة التي يمكن أن توقع في المحاكمة الجنائية أي أن المانع هو اتحاد الفعل واتحاد العقوبة ...

<عوده> والأسباب التي منعت من وجود الجريمة التأديبية في الشريعة الإسلامية تتوفر بصـــورة عكســـية في دائرة القوانين الوضعية، إذ الأصل في هذه القوانين أن العقوبات الجـــنائية تخالف العقوبات التأديبية، وأن معظم الجرائم التأديبية لا تدخل تحت حكم القوانـــين الجـــنائية ومن ثم فقد اقتضى تغاير العقوبتين والفعلين أن يحاكم الجاني على الفعـــل مـــرتين إذا كان فعله يعد جريمة تأديبية، ولا يمنع توقيع إحدى العقوبتين من توقيع الأخرى، كما لا تحول براءته في إحدى المحاكمتين من السير في المحاكمة الثانية، ويعلـــلون ذلك بأن الدعوى التأديبية يقصد منها حماية المهنة أو الوظيفة وأن الدعوى الجنائية يقصد منها حماية المجتمع ...

ولاشـــك فى أن نظـــرية الشـــريعة أكثر تمشيا مع المنطق وانطباقا على القواعد التشـــريعية الحديـــثة التي تمنع من محاكمة الشخص مرتين على فعل واحد، كما أنها تؤدي إلى اختصار الإجراءات وتقليل المحاكمات ولا تحول في الوقت نفسه من توقيع العقوبة أو العقوبات التي تتلاءم مع شخصية المتهم والجريمة المنسوبة إليه ...

48 - التعزير والتأديب :

الـــتفرقة بـــين مـــا يسميه الفقهاء العصريون "جريمة تأديبية" تمييزا لها عن "الجرائم الجنائية" ترجع إلى نوع العقوبة المقررة للفعل فالجزاء التأديبي فى نظرهم مجرد إجراء إدارى فى نطـــاق القواعـــد التى تنظم العلاقة بين الموظف أو العامل والهيئة التى يعمل لحسابها، فهى تُعَدُّ جزءا من العقد الذى يتم بين الطرفين ويعطى عادة للمخدوم الحق فى تحديـــد الجزاء الإدارى عما يَعُدّه مخالفة لنظام العمل فى مؤسسته، سواء كانت مؤسسة حكوميـــة أو خاصة، أو بالأصح إخلالا من المتعاقد عاملا أو مستخدما بالتزاماته التعاقدية أو اللائحية ولذلك فإن وصفه بأنه "جريمة تأديبية" فى غير محله فى نظرنا .

إننا لا نوافق على استطراده للقول بأنه لا يجوز الجمع بين الجزاء الإدارى والجزاء الجنائى – لأن الجزاء الإدارى حق خاص للجهة التى تفرضه لصالحها بناء على علاقة "الخدمـــة" التى تربط العامل أو الموظف بها – وهذا الجزاء فى حالة توقيعه مهما تكن الهيئة التى تقضى به – حتى لو سميت محكمة – لا يمنع المجتمع من المحاكمة الجنائية عن ذات الفعل وتوقيع جزاء جنائى – لأن المخالفة الإدارية (بقبول الرشوة أو الاختلاس مـــثلا) لا تكفى فيها الإجراءات التأديبية، بل لابد من توقيع الجزاء الجنائى علـــى ذات الفعل بعَدّه جريمة جنائية، ولا يمكن أن يُعَدّ ذلك محاكمة مرتين عن ذات الفعل كما يفهم من أقواله،كل ما هنالك أن القضاء سيأخذ فى حسبانه ما وقع على الجانى من تدابير تأديبية إذا تأخرت المحاكمة الجنائية عن الجزاء التأديبى .

ونحن نرى أن "التعزير" فى الفقه لا يقف عند حد العقوبات الجنائية، بل هو يشمل كـــل تدابـــير الوقاية والتأديب والتهذيب، ولو كانت ذات طابع اجتماعى فقط أو إدارى أو فى نطـــاق العـــبادات – ولذلك نرى قصر استعمال كلمة "الجريمة" على الأفعال التى يقرر لها عقوبة جنائية دون غيرها من "التعازير" .

﴿عوده﴾ ٤٩ـ *الجريمة المدنية* : عرف الفقهاء الإسلاميون موضوع الجريمة المدنية، ولكنهم لم يطلقوا عليه هذه التسمية التي نستعملها نحن الآن متأثرين بالقانون الفرنسي ... والأصل في الشريعة أن الأموال والنفوس معصومة[1] وكل فعل ضار بالإنسان أو بماله مضمون على فاعله إذا لم يكن له حق فيه، والضمان إما عقوبة جنائية إذا كان الفعل الضار معاقبا عليه، وإما تعويض مالي إذا لم يكن الفعل الضار معاقبا عليه، وإذا كان الفعل معاقبا عليه فهو جريمة، أما إذا لم يكن معاقبا عليه فلا يعتبر جريمة، ولا يسمى بهذا الاسم وإنما هو فعل ضار وإذن فلا مناسبة تجمع بين الجريمة والفعل الضار إلا أن كليهما مضمون على فاعله ...

وقد يكون الفعل جريمة (نائية) يستحق الجاني عليها العقاب، ثم يكون الفعل في الوقت نفسه فعلا ضارّا فيضمنه الجاني للمجني عليه، كاستهلاك صيد مملوك في الحرم وشرب خمر الذمي، فإن الفاعل في هاتين الحالتين يعاقب علي الصيد والشرب، وعليه قيمة الصيد والخمر لصاحبيهما[2] ...-٢-

---

﴿الصدر﴾ ... تعليق "رقم -٢-" أما الحالة الثانية، فالحكم فيها ما ذكره باتفاق المذهب الجعفري إذا كان الشارب مسلما فإنه يحد ويغرم قيمة الخمر المتعارفة لدى الذميين، إذ ليست له قيمة ما في نظر الإسلام. وأما إذا كان الشارب ذميّا، ولم يتجاهر بشربه فلا يقام عليه الحد وإن ضمن ثمن الخمر. وأما الحالة الأولى فلفقهاء الجعفرية فيها قولان :

أحدهما إغناء فدية الصيد عن ضمانه إذا كان مملوكا للغير، وتدفع الفدية إلى مالك الصيد. وذكر البعض في هذا المجال أن ثمن الفدية إن كان أقل من ثمن الصيد فعلى الصائد أن يدفع إلى المالك ما يستكمل به ثمن الصيد، وأما إذا كان العكس فلا يدفع إلى المالك إلا قيمة الصيد ويتصدق بالباقي.

والقول الآخر أن الفدية لا تغني عن ضمان ثمن الصيد لمالكه، فيثبت الضمان والفدية معا، وهذا القول أجدر بالقبول لأن كلاّ من دليلي الفدية والضمان مطلق وشامل للحالة التي نبحثها، فيجب أن نأخذ محتوى الدليلين معا، ونحكم بالضمان والفدية معا، فالضمان حكم يقصد به تدارك خسارة المالك ويحتم دفع ثمن الصيد إليه، والفدية حكم تأديبي يقتضي دفعها إلى الفقراء والتصدق بها عليهم، فلا موجب من الناحية العلمية لإهمال أي من هذين الحكمين =

---

(١) أي غير مباحة ...

(٢) شرح فتح القدير الجزء الرابع ص (٢٦١) ...

(عوده) وتـــتفق الشـــريعة مع القوانين الوضعية في هذه الناحية، فهى تجعل الإنسان مسئولا مدنيا على كل فعل ضار بغيره، سواء كان القانون يعتبره جريمة أم لا يعتبره كذلـــك فـــإن كـــان الفعل جريمة وكان ضارا في الوقت نفسه بالغير، كان الفاعل مستحقا للعقوبة وضامنا للضرر كما هو حكم الشريعة ...

ويصطلح شراح القانون المصري على تسمية الفعل الضار بالجريمة المدنية، ولكن هـــذا الاصطلاح لا يكاد يستعمل في دور المحاكم، وهو قاصر على الكتب الفقهية، ولعـــل ذلـــك راجع إلى أن القانون المصري يعبر عن سبب الضمان بالفعل الضار، ولا يعبر عنه بالجريمة المدنية كما عبر القانون الفرنسي ...

= مـــا دام الدليـــل قائمـــا على كل واحد منهما. وأما الأخذ بالقول الأول فهو يؤدي إلى عدة مفارقـــات خاصة، وأن دليل الفدية قد أشير فيه إلى أنها صدقة والمالك قد لا يستحق الصدقة، وحتى إذا كان يستحقها فلا مبرر لإهمال استحقاقه بصفته مالكا لمال قد أتلفه الغير ...

(الشاوى) ... رأينا في "التعليق رقم-٢-فى الصفحة السابقة" يذكر السيد إسماعيل الصدر اتفاق فقهاء المذهب الجعفري على أن شرب الخمر يعاقب عليه إذا كان الشارب مسلما فقط، مع الإشارة إلى أنه يضمن قيمة الخمر لصاحبها، على أن تقدر القيمة كتعويض مدني حسب المتعارف عليه لدى أهل الذمة لأن الخمر لا قيمة لها فى الإسلام بالنسبة للمسلم لكنها مقومة بالنسبة للذمي، والعبرة بقيمتها لدى من أصابه الضرر (وهو هنا ذمي). ويقرر أن الشارب إن كان ذميّا فلا حد عليه طالما أنه لم يتجاهر بشربه ويضمن ثمن الخمر على النحو السابق.ولا اعتراض لنا على ذلك.

أما استهلاك صيد مملوك في الحرم فيقول إن لفقهاء الجعفرية فيها قولان، الراجح لديه منهما أنه لا يكفي ضمان ثمن الصيد لمالكه، بل يضاف إلى ذلك وجوب الفدية وهى ما يجب دفعه إلى الفقراء والتصدق به عليهم، أي أنه يجب الفدية والضمان معا ...

والرأي المرجوح هو أنه يلتزم بالفدية فقط على أن يدفع للمالك منها الثمن فقط إذا كانت أكثر من قيمة الصيد ويتصدق بالزائد، أما إذا كانت أقل من الثمن فعليه أن يستكمل ثمن الصيد...

وهذه تفصيلات لا نستطيع أن نتدخل فيها، لكن الرأي الأول أدق في نظرنا لأنه يفصل بين التعويض المستحق للمالك، وبين الفدية التي هى تعزير سواء اعتبرناه تدبيرا وقائيا "كما نرى نحن" أو عقوبة تعزيرية ...

۞ 49 – لا نعرف ما يسمي بالجريمة المدنية :

نؤيـــد ما قرره فى نهاية كلامه عما سماه الجريمة المدنية من أن هذه التسمية لا معنى لهـــا ولا وجود لها فى ساحة القضاء لأن الضمان الذى يستحقه المصاب من الضرر نتيجة الفعل الضار فى الشريعة والقوانين الوضعية ليس عقوبة ، ولو كان هذا الفعل جريمة جنائية ، ولا يتعارض التزام مرتكب الجريمة بهذا التعويض مع مسئوليته الجنائية ولا يغنى التعويض عن توقيع الجزاء الجنائى عليه بسبب هذا الفعل الضار ذاته ما دام يُكوّن جريمة جنائية ولا يعدّ ذلك ازدواجية .

هـــذا يؤيـــد رأينا فى البند السابق بشأن الجزاء الإدارى – فهو ذو طبيعة مدنية تعاقديـــة ولا يمـــنع من المحاكمة الجنائية كما قدمنا ، ويجب فى نظرنا استبعاد كلمة الجـــريمة المدنية كما استبعدنا عبارة "الجريمة الإدارية" – لأن هذه موضوعات تخرج عن نطاق التشريع الجنائى وتخضع للتشريع المدنى أو الإدارى .

أكـــثر من ذلك فسنرى فى حاشيتنا على البند 53 فيما بعد أن الجزاء الجنائى عما نســـميه جـــرائم غـــير عمدية أو جرائم الخطإ – هو فى حقيقته ضمن تدابير الوقاية والإصـــلاح – ويصعب وصفه بأنه عقوبة جنائية لأن الأصل هو الحديث الشريف "رفع عن أمتى الخطإ والنسيان وما استكرهوا عليه" فما لا يؤاخذ عنه ديانة يحسن ألا يوصف بأنه جريمة ... ولو كان يستحق التعزير .

إن الـــتعزير فى نظرنا يدخل فى نطاقه تدابير التهذيب والتربية التى يسمونها الآن تدابير الوقاية.

وإذا كـــنا نَعُـــدّ الـــتعازير جزاء جنائيّا فمعنى ذلك أن الجزاءات الجنائية ليست محصورة فى العقوبات ، بل هى أوسع من ذلك ، إذ يدخل فى نطاقها تدابير إصلاحية تعـــبدية (مثل الصيام والصدقات ... إلخ) ليس من الصواب وصفها بأنها "عقوبات .... وإذا كانت تعازير" .

الباب الثاني

أنواع الجريمة

〈عوده〉 ٥٠ ـ *تتفق الجرائم جميعا في أنها فعل محرم معاقب عليه*، ولكنها تتنوع وتختلف إذا نظرنا إليها من غير هذه الوجهة، وعلى هذا يمكننا أن نقسم الجرائم أقساما متنوعة-٣- تختلف باختلاف وجهة النظر إليها ...

فإذا نظرنا إلى الجرائم من حيث جسامة العقوبة قسمناها إلى حدود، وقصاص أو دية وتعازير-٤- وإذا نظرنا إليها من حيث قصد الجاني قسمناها إلى جرائم عمدية،

[الصدر] ... تعليق "رقم -٣-" وفي بعض تلك التنوعات وخصائصها نقاط من الخلاف نشير إليها في مواضعها إن شاء الله ...

[الصدر] ... تعليق "رقم ٤-" : المفهوم من هذا التقسيم أن كل قسم يمتاز بجسامة العقوبة بالنسبة إلى القسم الذي يليه وليس الأمر كذلك. فإذا تناولنا القسمين الأولين وهما جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية، وجدنا أن بعض جرائم الحدود تقل العقوبة المحددة لمرتكبها عن بعض ألوان القصاص؛ فالقتل هو جزاء بعض جرائم القصاص، ولاشك في أنه يفوق بجسامته عدة من الحدود، فلا يمكن أن يقال إن العقاب على جرائم الحدود أشد من العقاب على جرائم القصاص بصورة مطلقة أو إن في الحدود من ألوان العقاب مالا يصل إليه العقاب في القصاص حيث يصل أحيانا إلى درجة القتل، فلا يتصور عقاب يفوق من الناحية الكمية وإن كان قد يختلف القتل قصاصا عن القتل حدّا من الناحية الكيفية، أي في أسلوب القتل وأكثر من هذا فإن الدية أحيانا قد تكون أجسم عقوبة من بعض الحدود كما أنا إذا أخذنا القسم الثالث وهو التعزير قد يفوق بعض الحدود طبقا للمصلحة العام التي يرتئيها ولي الأمر، وذلك لأن التعزير ليس له حد، وإن كان بعض أقسامه محدودا، كتعزير من قبل امرأة محرمة عليه إذ قال بعض فقهاء الأمة بأن الحاكم لا يجوز له أن يبلغ في تعزيره إلى حد الزنا.وعلى أي حال فقد يكون التعزير أشد عقوبة من الحد أو الدية في بعض الأحايين..

[الشاوى] ... رأينا في "تعليق رقم -٤-" ينتقد المعلق الشيعي القول إن تقسيم الجرائم إلى حدود وقصاص وتعازير مقياسه جسامة العقوبة؛ لأن بعض عقوبات القصاص أشد من عقوبات الحدود ونحن نوافق على ذلك :

لكن قوله إن بعض التعازير قد يكون أشد من بعض الحدود يحتاج إلى مراجعة؛ لأن العبرة في الموازنة هي الحد الأقصى للعقوبة من ناحية، وقد قلنا في مواضع متعددة إننا لا نرى جواز =

⟨عوده⟩ وجـــرائم غـــير عمدية وإذا نظرنا إليها باعتبار وقت كشفها قسمناها إلى جـــرائم متلبس بها، وجرائم لا تلبس فيها، وإذا نظرنا إليها من حيث طريقة ارتكابها قسمناها إلى جرائم إيجابية، وجرائم سلبية، وإلى جرائم بسيطة، وجرائم اعتياد وإلى جـــرائم مؤقتة وجرائم غير مؤقتة، وإذا نظرنا إلى طبيعتها الخاصة قسمناها إلى جرائم ضد الجماعة وجرائم ضد الأفراد، وإلى جرائم عادية وجرائم سياسية ...

= القـــتل كعقوبـــة تعزيرية قصوى (سياسة كما يقولون)، ولذلك فإننا نرى أن التعازير هى بلا شـــك أخـــف عقوبة من القصاص والحدود لأن كلا هذين النوعين تصل عقوبته إلى القتل كحد أقصـــى، فضـــلا عـــن أنه في أغلب الأحيان يجب الحكم بالحد الأقصى عند توافر شروط معينة أوضحناها في مواضعها ...

إن مـــا قالـــه فقيهنا يكون صحيحا باعتبار أن القصاص ضمن الحدود بمعناها الواسع، وأن الحدود – بما فيها القصاص – أشد من التعازير ...

❁ 50 – التقسيم الموضوعي للجرائم وحقوق الإنسان :

لقد سجلنا تقديرنا لما قام به الفقيه الشهيد من اعتماده على التبويب المتبع فى الفقه العصرى للقوانين الوضعية، لكننا نلاحظ أنه بالغ فى هذا الاتجاه فيما يتعلق بتقسيم الجرائم أو ما سماه أنواعها .. إذ إنه اكتفى بالتقسيم الذى يسير عليه فقهاء القوانين الوضعية؛ وكنا نفضل لو أضاف لذلك ما نسميه التقسيم الموضوعى – الذى نعتقد أن شريعتنا تميزت به عندما خصت بعض الجرائم المقترنة بظروف مشددة تستوجب فرض عقوبات حدية أو بالقصاص والدية لسبب موضوعى هو فى نظرنا أهمية الحق الإنسانى الذى يتمتع بالحرمة أو القيم الأساسية للمجتمع الصالح التى أضرت بها الجريمة والظرف المشدد الذى اقترنت به.

التقسيم الموضوعى الذى نرى إضافته هو تمييز الجرائم التى تُعَدّ اعتداء على "حقوق الإنسان" الشرعية الفطرية فى سلامة بدنه وحياته التى خصتها الشريعة بعقوبات القصاص وكذلك الجرائم التى تُعَدّ اعتداء على النظام الاجتماعى القائم على حرمة الأعراض وحصانة الأسرة وحماية الأموال وسلامة العقل والوعى والإرادة والمعتقدات الدينية وما يتصل بها، وخصتها بعقوبات مقدرة تمييزا لها عن الجرائم التى يكفى فيها التعازير – وهى الجزاء الجنائى العام.

إن الفقه الإسلامى تكلم كثيرا عن "الحرمات" التى تحمى حقوق الإنسان (فى سلامة جسمه وحياته وعقله وعقيدته وعرضه وماله)؛ ومن واجبنا أن نرد بذلك على من يدعون أن النظريات المستوردة سبقتنا إلى حماية حقوق الإنسان وحرماته، وزعم بعضهم أنه لم يجد إشارة إلى "حقوق الإنسان" فى فقهنا .

والرد العملى والعلمى على هذه الادعاءات هو إبراز وتأكيد تميز الشريعة بفرض عقوبات رادعة وزاجرة بدنية على الجرائم التى تتضمن اعتداء مباشرا على هذه "الحقوق الإنسانية الأساسية " إذ خصتها بنوع معين من العقوبات القصوى حدّا أو قصاصا يدعى البعض أنها قاسية لأنها جسمية أو بدنية قصد بها الزجر والردع الحاسم بسبب ما تسبغه شريعتنا من قداسة على الحقوق الإنسانية الأساسية وحصانة القيم الاجتماعية الثابتة التى تهددها تلك الأفعال .

وقد أشار الشهيد إلى التفرقة بين هذا "النوع" من الجرائم وبين جرائم التعازير، لكنه اكتفى بأن جارى الفقه "العصرى" الوضعى فى أن جعل مقياس التفرقة هو "جسامة العقوبة" أو نوعها – وهذه مجاراة لما تسير عليه التشريعات الوضعية فى التفرقة بين الجنايات والجنح ... على أساس جسامة العقوبة أو أنواعها – مع أن جسامة العقوبة فى شريعتنا إنما كانت نتيجة خطورة الفعل وقُصد بها إيجاد حماية استثنائية وخاصة للحقوق والقيم الاجتماعية التى تهددها هذه الاعتداءات التى يعاقب عليها بعقوبة القصاص أو الحدود الرادعة الزاجرة البدنية.

الفصل الأول
التقسيم المبني على جسامة العقوبة
الحدود ... القصاص والدية ... التعازير

(عوده) ٥١ـ *تنقسم الجرائم بحسب جسامة العقوبة المقررة عليها إلى ثلاثة أقسام :*

القسم الأول:جرائم الحدود: هى والجرائم المعاقب عليها بحد، والحد –٥– هو العقوبة المقـــدرة حقا من الله ﷻ[1] ومعنى العقوبة المقدرة أنها محددة معينة فليس لها حد أدنى ولا حد أعلى، ومعنى أنها حق لله أنها لا تقبل الإسقاط لا من الأفراد ولا من الجماعة.

وتُعَـــد العقوبـــة حقا لله في الشريعة كلما استوجبتها المصلحة العامة، وهى دفع الفســـاد عـــن الـــناس وتحقيق الصيانة والسلامة لهم، وكل جريمة يرجع فسادها إلى العامـــة، وتعود منفعة عقوبتها عليهم، وتُعَد العقوبة المقررة عليها حقا لله ﷻ تأكيدا لتحصـــيل المنفعة، وتحقيقا لدفع الفساد والمضرة إذ اعتبار العقوبة حقا لله يؤدي إلى عدم إسقاط العقوبة بإسقاط الأفراد أو الجماعة لها ... وجرائم الحدود معينة ومحدودة العدد وهى سبع جرائم –٦– :

(الصدر) ... تعـــليق "رقـــم –٥–" وجاء في كتابي الجواهر ورياض المسائل تعريف الحد بأنه عقوبة خاصـــة تتعـــلق بـــإيلام بدن لمكلف بواسطة تلبسه بمعصية خاصة عين الشارع كميتها في جميع أفـــراده. وقـــد لوحظ في هذا التعريف التصريح بأن المقدر والمحدد للكمية هو الشارع كما عين مصب العقوبة حيث قال إنها تتعلق بإيلام بدن المكلف، فكفارات الإحرام مثلا وإن كانت مقدرة من الله وقد تعتبر عقوبة غير أنها ليست حدودا لأنها لا تتعلق بإيلام بدن المكلف (الشخص) ...

(الشاوى) ... رأينا في "تعليق رقم –٥–" يذكر هنا رأيه بأن العقوبة البدنية هى وحدها التي تعتبر حـــدا وأن الكفارات لذلك ليست حدا، وهذا يؤيد ما نقوله في تعليقنا على البند {٤٧٣} من أنها تدخل ضمن التدابير الاحترازية، وهذا الرأي ينطبق من باب أولى على الدية ...

(الصدر) ... تعليق "رقم –٦– " وفي الفقه الجعفري يضاف إلى ذلك ثلاث جرائم أخرى :

أولهـــا : الـــلواط، وقـــد عرف في شرائع الإسلام وجواهر الكلام بأنه وطء الذكران من الآدميين. وفقهاء المذهب مجمعون على تشريع الحد عليه ووافقهم في ذلك من بقية فقهاء =

---

(١) فـــتح القديـــر الجزء الرابع ص ١١٢، ١١٣ والإقناع جزء رابع ص ٢٤٤ الأحكام السلطانية ١٩ بدائع الصنائع سابع ص/٣٣/٦٦ .

= المسلمين الشافعي في كتاب الأم ص ١٦٩، ومالك وربيعة، والزهري، والحسن البصري والليثوإسحاق بن راهويه وأبو زياد كما في كتاب المحلي لابن حزم ج ١١ ص ٣٨٢، وبدائع الصنائع ج/٧ ص ٣٤، كما أن الحافظ البيهقي نسب القول بالحد إلى أمير المؤمنين(ع) وابن عباس وابن الزبير وسعيد بن المسيب، وعطاء، وذكر كل من ابن حزم في المحلى ج/١١ ص ٣٩، والحافظ البيهقي في سننه الكبرى ج/٨ ص ٢٣٢ أن عليا (ع) لما حكم بإقامة الحد على اللواط أجمع رأي أصحاب النبي ﷺ على ذلك ...

والمدرك الفقهي لهذا الحد من طرق أهل البيت (ع) روي بطريق صحيح أن سائلا كتب إلى الإمام موسى بن جعفر (ع): " ماحد رجلين نكح أحدهما الآخر طوعا بين فخذيه ؟ فكتب عليه السلام: "القتل" ... ويدل على لزوم الحد من طرق حفاظ السنة الخبران اللذان ذكرهما كل من الحاكم في المستدرك على الصحيحين ج/٤ ص/٣٥٥ وحكم بصحتهما، والحافظ البيهقي في السنن الكبرى ج/٨ ص : ٢٣٢، وأحمد بن حنبل في المسند ج/٤ ص : ٢٥٧ والترمذي في صحيحه ج/٦ ص : ٢٤٠ والمتقي الهندي في كنز العمال ج/٣ ص ٧٠ و٩٩ عن أحمد وأبي داود والترمذي والنسائي وابن ماجه والدارقطني والحاكم وغيرهم ...

الخبران معا عن ابن عباس ذكر في أولهما أن رسول الله ﷺ قال: من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول به، وذكر في ثانيهما أن رسول الله ﷺ قال: اقتلوا الفاعل والمفعول به، يعني الذي يعمل عمل قوم لوط .

وثانيهما : المساحقة، والمقصود منها فقهيا وطء المرأة مثلها، وقد أجمعت كلمة الفقهاء الجعفريين على وضع الشارع حدا معينا عليها، ووافقهم على ذلك جملة من فقهاء المذاهب الأخرى، كما في المحلى لابن حزم ج/١١ ص : ٣٩٠. وإنما وقع النقاش في ماهية هذا الحد وتحديده إذ ذهب أكثر فقهاء الجعفرية وعدة من غيرهم إلى أن حد المساحقة (مئة) جلدة سواء أكانت المرأتان محصنتين أم لا. وأما غير الجعفريين فيظهر موقفهم مما نقله ابن حزم في المحلى ج/ ١١ ص:٣٩٠ عن ابن شهاب أنه قال : أدركت علماءنا يقولون إن المرأة تأتي المرأة تجلدان "مئة" الفاعلة والمفعول بها. وأما فقهاؤنا الجعفريون فقد استند أكثرهم في تعيين الحد إلى ما رواه زرارة عن الإمام أبي جعفر محمد بن علي الباقر (ع) من الأمر بالجلد، وفي ضوء إطلاق الأمر وشموله لحالتي الإحصان وعدمه أفتوا بأن الحد هو الجلد بصورة مطلقة. غير أن جمعا من فقهاء الجعفرية قالوا إن حد السحق هو حد الزنا (الرجم مع الإحصان والجلد مع غيره)، وهذا هو الأجدر بالقبول نظرا إلى ما روى بطريق صحيح من أن نسوة دخلن على الإمام أبي عبد الله جعفر بن محمد الصادق (ع) فسألته امرأة منهن عن السحق، فقال: حدها حد الزاني. وفي ضوء هذا الحديث نستطيع أن نصرف رواية زرارة الآنفة الذكر إلى صورة عدم الإحصان، فالجلد هو=

عوده (١) الــزنا (٢) القــذف (٣) الشرب (٤) السرقة (٥) الحرابة -٧- (٦) الــردة (٧) الــبغي. ويسميها الفقهاء الحدود دون إضافة لفظ جرائم إليها، وعقوباتها تســمى الحدود أيضا ولكنها تميز بالجريمة التي فرضت عليها فيقال حد السرقة، وحد الشرب، ويقصدون من ذلك عقوبة السرقة وعقوبة الشرب .

القسم الثاني : جرائم القصاص والدية : وهى الجرائم التي يعاقب عليها بقصاص أو ديـــة، وكل من القصاص والدية عقوبة مقدرة حقا للأفراد.-٨- ومعنى أنها مقدرة أنها

= حد غير المحصنة، والرجم هو حد المحصنة. ويدل على ذلك من طرق حفاظ السنة ما رواه البيهقي في ســننه الكبرى ج/٨ ص : ٢٣٣ من أن رسول الله ﷺ قال : "إذا أتت المرأة المرأة فهما زانيتان" وما رواه ابــن حــزم في المحلى ج/١١ ص : ٣٩١ من أن النبي ﷺ قال : "السحاق زنا النساء بينهن". ومــن الواضــح أن إعطاء المساحقَة صبغة الزانية شرعا يعني تطبيق أحكام الزانية على المساحقة بما فيها نوعية الحد المفروض من الجلد حينا والرجم حينا آخر ...

وثالثهما : القيادة وهى جمع فاعلي الفاحشة من الزنا أو المساحقة أو اللواط، وحدّها في الرأي الفقهي السائد عند الجعفرية ٧٥ جلدة مع النفي عن البلد الذي هو فيه. وسند هذا الرأي ما رواه ابن سنان عن الصادق عليه السلام ...

الشاوى ... رأينا في... "تعليق رقم -٦-" لا يكتفي بالحدود السبعة التي ذكرها فقيهنا، بل يقول إن الفقه الجعفري يضيف لها ثلاث جرائم أخرى هي : اللواط، المساحقة، والقيادة أي الوساطة التي تجمع بين مرتكبي الفاحشة. وهو يتوسع في بيان الحجج التي يستند إليها الفقه الجعفري ...

إن هذا التوسع في تطبيق الحدود بطريق القياس نعارضه لأنه يخالف ما قلناه دائما من أن النصوص المقررة للحدود تُعَد استثنائية لا يجوز التوسع في تطبيقها ...

والأدلة التي يستندون إليها ليست كافية في نظرنا لأنها مجرد سوابق قضائية يمكن اعتبار ما قرره بشأنها أسلافنا تعازير، وليس من الضروري وصفها بأنها حدود ...

مع ملاحظة أننا أخذنا بالرأي الذي يقول بأن عقوبة الرجم غير واجبة في الزنا لأنها تخالف النص الصريح في القرآن الكريم، فلا محل لها في غير الزنا من باب أولى، سواء في اللواط أو المساحقة أو ما يسميه "القيادة" ...

الصدر .. تعليق "رقم -٧-" الحرابة هى الجريمة التي يطلق عليها في كتب الفقه الجعفري اسم المحاربة.

الصدر .. تعــليق "رقم -٨-" ويمتاز القصاص عن الدية بأنها اسم لاستيفاء مثل الجناية من قتل أو جــرح أو ضرب، وتميز الدية بأنها المال اللازم أو الواجب في الجناية من قتل وما دونه كما صرحت بذلك بعض كتب الفقه الجعفري عند تعريف اللفظتين ...

عوده ذات حد واحد، فليس لها حد أعلى وحد أدنى تتراوح بينهما، ومعنى أنها حق للأفـــراد أن للمجني عليه أن يعفو عنها إذا شاء، فإذا عفا، أسقط العفو العقوبة المعفو عنها ...

وجـــرائم القصاص والدية خمس-٩- (١) القتل العمد (٢) القتل شبه العمد (٣) القتل الخطـــأ (٤) الجناية على مادون النفس عمدا (٥) الجناية على مادون النفس خطأ، ومعنى الجناية على مادون النفس الاعتداء الذي لا يؤدي للموت كالجرح والضرب ...

ويتكـــلم الفقهـــاء عن هذا القسم عادة تحت عنوان الجنايات، متأثرين في ذلك بمـــا تعـــارفوا عليه من إطلاق لفظ الجناية على هذه الأفعال[1] ولكن بعض الفقهاء يتكـــلمون عن هذا القسم تحت عنوان الجراح.[2] ناظرين إلى أن الجراحة هي أكثر طرق الاعتداء كما أن بعض الفقهاء يؤثرون لفظ الدماء[3] عنوانا لهذا القسم ...

القسم الثالث : جرائم التعازير : هي الجرائم التي يعاقب عليها بعقوبة أو أكثر من عقوبات التعزير، ومعنى التعزير التأديب، وقد جرت الشريعة على عدم تحديد عقوبة كل جريمة تعزيرية، واكتفت بتقرير مجموعة العقوبات لهذه الجرائم تبدأ بأخف العقوبات

الشاوى ... رأيـــنا في "تعليق رقم -٨-" التفرقة التي أشار إليها لا تكفي ؛ لأن المهم هو البحث فيما إذا كانت الدية عقوبة بحتة أو تعويضا ...

وسوف نناقش هذا فيما بعد، وسنرى أن لنا رأيا هو أنه يجوز الحكم بتعويض إضافي إذا كان مقدار الدية لا يكفي للتعويض، وبذلك تكون الدية هي الحد الأدنى الذي يحكم به وهي عقوبة وتعويض في نفس الوقت ...

الصدر ... تعليق "رقم -٩-" الأولى والرابعة من جرائم القصاص، والبقية من جرائم الدية ...

الشاوى ... رأيـــنا في "تعليق رقم -٩-" حرص السيد الصدر على الإشارة إلى أن القصاص هو فقـــط في الجرائم العمدية سواء كانت قتلا أو مادون القتل من إيذاء بدني، أما الإصابات خطأ ســـواء أدت إلى الموت أو إلى جرح فجزاؤها الدية، ونحن نرى أن الدية ذات طبيعة مزدوجة، ففيها معنى الجزاء الجنائي والتعويض في نفس الوقت، ومثل الخطأ شبه العمد ...

---

(١) بدائـــع الصنائع الجزء السابع ص ٢٣٣ الإقناع ص ١٦٢ جزء رابع، البحيري على المنهج ص ١٢٩ الجزء الرابع ...

(٢) تحفة المحتاج الجزء الرابع ص ١، المغنى ٣١٨ الجزء التاسع ...

(٣) مواهب الجليل للحطاب الجزء السادس ص ٢٣٠ ...

﴿عوده﴾ وتنتهي بأشدها وتركت للقاضي أن يختار العقوبة أو العقوبات في كل جريمة بما يلائم ظروف الجريمة وظروف المجرم. فالعقوبات في جرائم التعزير غير مقدرة ... وجرائم التعزير غير محدودة-١٠- كما هو الحال في جرائم الحدود أو جرائم القصاص

(الصدر) ... تعليق "رقم -١٠-" بل هي محدودة في نطاق ما يُعَدّ معصية شرعية سواء اكتسب الفعل صفة المعصية بسبب نص شرعي خاص كالربا والغش والرشوة في الحكم، أم بسبب نهي ولي الأمر (رئيس الدولة الإسلامية) عنه نظرا إلى أن معصيته فيما يرجع إلى شؤون الحكم ومتطلباته محرمة شرعا فهي في الحقيقة معصية شرعية أيضا كالربا والرشوة. وعلى هذا فالتعزير لا يجوز ما لم يكتسب الفعل صفة المعصية الشرعية لأحد السببين ...

ثم إن التعزير الذي يباشره الحاكم تارة يكون مما جاء الأمر به في نص خاص كالنصوص التي أمرت بالتعزير على محرمات معينة وأخرى يكون طبقا للمصلحة العامة التي يتولى الحاكم الحفاظ عليها شرعا، والقسم الأول من التعزير لا يقبل العفو عنه لأنه مخالفة للنص وإنما يجوز العفو في القسم الثاني إذا اقتضت المصلحة العامة ...

وعلى هذا فالضابطة الفقهية في إمكان العفو هو عدم ثبوت التعزير بنص خاص فكل ما لم يثبت التعزير عليه بالنص الخاص جاز العفو عنه عند اقتضاء المصلحة العامة سواء كان الفعل معصية بسبب نهي الشارع أم نهي ولي الأمر عنه ...

(الشاوي) ... رأينا في "تعليق رقم -١٠-" يعترض السيد الصدر على قول فقيهنا إن التعازيز غير محدودة، ويقول إنها محدودة في نطاق المعاصي الشرعية، فلا يجوز التعزير في غيرها، ويجعلها قسمين:

القسم الأول : هي المعاصي التي ورد بتحريمها نص شرعي، ومثالها في نظره الربا والغش والرشوة.

القسم الثاني : هي كل مخالفة لما نهي عنه (ولي الأمر) نظرا لأن عصيانه فيما يرجع لشئون الحكم ومتطلباته محرمة شرعا. فمخالفة أوامر أولي الأمر فيما يختصون به معصية شرعية من النوع الثاني بطريق غير مباشر. والمشكلة هي في أمرين :

١ - من هو ولي الأمر؟ وقد تطوع المعلق الشيعي بأن وصفه بأنه رئيس الدولة الإسلامية. ونضيف أنه الرئيس أو الإمام أو الحاكم الذي حصل على ولاية الأمر بالشورى الحرة، وتوافرت لديه شروط الولاية التي أفاض فيها الفقهاء أي أن يكون مجتهدا، ويعمل في حدود التفويض الذي يعطيه الدستور

ولذلك لا نوافق على إطلاق هذا القول دون تحديد هذه الشروط ولا الإشارة إليها حتى لا نعترف بشرعية الدول التى استولت على السلطة بواسطة القوة والعصبية منذ عهد معاوية، ولا نعطي لها الحق في التشريع ...

٢ - ما هي اختصاصاته ؟ هي ما يوكل إليه من أمور بحسب شروط البيعة الحرة والتي =

﴿عوده﴾ والديـــة، وليس في الإمكان تحديدها. وقد نصت الشريعة على بعضها وهو مـــا يعـــد جريمة في كل وقت كالربا وخيانة الأمانة والسب والرشوة، وتركت لولي الأمـــر الـــنص عـــلى بعضها الآخر، وهو القسم الأكبر من جرائم التعازير. ولكن الشريعة لم تترك لأولي الأمر الحرية في النص على هذه الجرائم، بل أوجبت أن يكون التحريم بحسب ما تقتضيه حال الجماعة وتنظيمها والدفاع عن صوالحها ونظامها العام وأن لا يكون مخالفا لنصوص الشريعة ومبادئها العامة ...

وقد قصدت الشريعة من إعطاء أولي الأمر حق التشريع في هذه الحدود تمكينهم من تنظيم الجماعة وتوجيهها الوجهات الصحيحة، وتمكينهم من المحافظة على صوالح الجماعة والدفاع عنها ومعالجة الظروف الطارئة ...

والفـــرق بين الجريمة التي نصت عليها الشريعة والعمل الذي يحرمه أولو الأمر أن مـــا نصت عليه الشريعة محرم دائما فلا يصح أن يُعَد فعلا مباحا، أما ما يحرمه أولو الأمر اليوم فيجوز أن يباح غدا إذا اقتضت ذلك مصلحة عامة ...

= يتضـــمنها ما نسميه اليوم بالدستور الذي تقره الأمة بالشورى الحرة، وكل ما يتجاوز ذلك يخـــرج عن ولايته واختصاصه، لذلك لا ولاية له في الفقه أو التشريع طالما أنه ليس مجتهدا ... لأننا قلنا إن ولي الأمر في الفقه والتشريع هم أهل الاجتهاد لا رؤساء الدول وأمثالهم ... كما أننا نرى أن العفو يدخل في اختصاص أهل الاجتهاد، والقضاة المجتهدين لا رؤساء الدول ...

51 – نفضل التقسيم الموضوعي على أساس أهمية الحقوق الإنسانية والقيم الاجتماعية :

إن عَدّ العقوبة المقررة لجريمة ما معيار جسامتها وخطورتها يسهل دراسة الجرائم أو تطـبيق الأحكـام اسـتنادا إلى هذا المعيار التطبيقى أو المدرسى ويسهل مهمة شراح النصوص والقائمين بتنفيذها .

لكـن فقـه شريعتنا كما قدمنا من قبل له مهمة تتجاوز ذلك. فهو يقوم باستنباط الأحكـام لمـا يستجد من قضايا، ولذلك يتعمق فى فهم النصوص وليستكشف ناحية الخطـورة فى الفعل، وأهمية الحق الذى تضرر به ودور هذا الحق فى بناء المجتمع وحياة أفراده؛ لأن هذا هو أساس العقوبة .

وهـذا هـو مانسميه المعيار الموضوعى فى تقسيم الجرائم لأنه يقوم على نوع الحق الذى وقع الاعتداء عليه .

ومعـرفة هذا الحق المعتدى عليه تمكننا من أن نَعدّ النص على حكم فرعى بالعقاب عـلى فعل معين أساسا لنظرية شاملة تتفرع عنها – قياسا – أحكام تعزيرية للأفعال التى تضر بهذا الحق، فيكون هناك مجموعة من الجرائم من أسرة واحدة تنسب إلى الجريمة التى شـرع لها الوحى الالهى عقوبة مقررة حدّا أو قصاصا. فيكون حد الزنا والقذف منطلقا للـتعزير عـلى أنـواع متعددة من العدوان على حرمة الأعراض وحماية لكيان الأسر وحصـانتها واسـتقرارها – ويكـون حد السرقة منطلقا للتعزير على أنواع كثيرة من الاعـتداءات عـلى حرمة الأموال – وحد الشرب منطلقا للتعزير على كل فعل يضر بـإرادة الأفـراد وسـلامة عقولهم وإدراكهم – وحد الحرابة والبغى والردة (عند من يَعُـدّون هذه الجرائم حدية) – مبررا للتعزير على مايسمى فى عصرنا جرائم أمن الدولة الداخلى والخارجى أو الأمن الاجتماعى – وهكذا .

ونحـن ندعـو للعناية بهذا التقسيم الموضوعى فى مرحلة التنظير التى نحن فيها . إننا نفضل المعيار الموضوعى الذى عبرنا عنه بأن هذه الجرائم قد خصصت لها عقوباتها البدنية الـرادعة لكى تحصن "حقوق الإنسان وحرماته وأسس المجتمع وقيمه الثابتة"، وتودع من يعتدى عليها بطريق مباشر – فالعقوبة القصوى (الحد أو القصاص) هى مجرد دليل على خطورة الجريمة ونتيجة لجسامة الفعل المعاقب عليه، وإن السبب الذى فرض خطورتها هو عنصـر موضـوعى معياره أهمية الحق الفردى أو الكيان الاجتماعى الذى تهدده الجريمة والـذى حرص المشرع الإلهى على حرمته وحمايته وقداسته بتقرير عقوبة بدنية على كل فعل يَعُدّه اعتداء مباشرا عليه .

❁ التمييز بين تقسيم العقوبات وتقسيم الجرائم :

لهـــذا السبب فإن هذه الجرائم الخطيرة التى فرض لها مشرعنا عقوبات مقدرة حدًا أو قصاصـــا يحسن أن نسميها جنايات بدلا من عَدّ لفظ الجناية مرادفا لكلمة الجريمة، كما اقـــترح مـــن قبل (فى البند 42). ويكون فقهنا أكثر أصالة من التشريعات الوضعية لأنه يدخل فى اعتباره المعيار الموضوعى وهو أهمية الحقوق والقيم التى تبرر تقرير عقوبة حدية أو قصاص فى تلك الأحوال .

لقد بدأ الفقيه الشهيد بتقسيم الجرائم إلى ثلاثة أنواع بحسب نوع عقوبتها – هى جـــرائم الحـــدود والقصاص والتعزير[1] – وفى نظره أن هذا هو التقسيم الرئيسى لـــلجرائم، وهـــذا معـــناه أن التعازير قسم من أقسام الجرائم ونوع منها[2] – وأن التعزير خاص بنوع واحد من الجرائم التى لا تستحق عقوبة حدية ولا قصاصا .

نحن نرى خلاف ذلك، ونعتمد على ما قرره فى مواضع عديدة[3] وما جرى عليه الفقه دائما من أن جمهور فقهائنا يرى أن عقوبات الحدود والقصاص يجوز أن تضاف لهـــا عقوبـــة تعزيرية؛ بل إنهم متفقون على التعزير إذا لم يمكن فرض عقوبة الحد أو القصاص بسبب لا يزيل صفة الجريمة عن الفعل، وإذا كانوا هم يَعُدّون التعزير فى هـــذه الحـــالات عقوبة بديلة فإننا نصر على أنها أصلية – لأن التعزير شامل لجميع الجرائم وليس خاصًا بنوع معين أو قسم من أقسام الجرائم دون غيره .

* * *

إننا نرى الاحتراز من الخلط بين تقسيم العقوبات إلى أنواع ثلاثة وجعله تقسيما لـــلجرائم.... ونعـــتقد أن من الواجب مراعاة التفرقة بين أحكام الجرائم وأحكام العقوبـــات، ونلاحـــظ أن فقيهنا يذكر أحكام عقوبات الحدود والقصاص على أنها أحكـــام "جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية" .... ونرى أنه من الأفضل تفادى هـــذا الأسلوب الذى يسير عليه فعلا كثير من الفقهاء المعاصرين من شراح القوانين الوضعية – مجاراة للتقسيم الذى اعتمدته نصوص تلك القوانين التى تُعَدّ نوع الجريمة

---

(1) يراجع البند (74) فيما بعد .

(2) البند 68 .

(3) مثال ذلك ما ورد فى الفقرة الثانية والثالثة فى البند 74 مع ملاحظة تعليقنا عليها..

۞ نتائج عَدّ التعزير عامّا على جميع الجرائم :

وطبيعتها تابعة لنوع العقوبة المقررة لها. متجاهلة العناصر الموضوعية التى تحدد طبيعة الجريمة ونوعها والظروف المشددة التى هى السبب فى فرض عقوبة مشددة عليها. ثم إننا نرى أن التعازير هى الأصل وأن الحدود والقصاص تطبق فقط فى حالة توفر شروط معينة نَعُدّها ظرفا مشددا، أى أنها عقوبات استثنائية بديلة عن التعازير عندما يتوافر الظرف المشدد الذى يستوجب ذلك. ولذلك فإن مهمتنا هى تحديد الظرف المشدد فى كل جريمة لها عقوبة مقررة بنص شرعى .

ونلاحظ أن التقسيمات الأخرى التالية كلها ترجع إلى طبيعة الفعل المكون للجريمة – وأن التقسيم الموضوعى هو وحده الذى يجعل نوع العقوبة تابعا لنوع الجريمة وظروفها المشددة – لا العكس .

﴿عوده﴾ ٥٢ـ *أهمية التقسيم*: تظهر أهمية تقسيم الجرائم إلى حدود، وقصاص أو دية، وتعازير من عدة وجوه سنبينها فيما يلي :

أولا: من حيث العفو: جرائم الحدود لا يجوز فيها العفو مطلقا، سواء من المجني عليه أو ولي الأمر أي الرئيس الأعلى للدولة، فإذا عفا أحدهما كان عفوه لغوا لا أثر له على الجريمة ولا على العقوبة ...

أما في جرائم القصاص فالعفو جائز من المجني عليه، فإذا عفا ترتب على العفو أثره، فللمجني عليه أن يعفو عن القصاص مقابل الدية، وله أن يعفو عن الدية أيضا، فإذا عفا عن أحدهما أعفى منه الجاني، وليس لرئيس الدولة الأعلى أن يعفو عن العقوبة في جرائم القصاص بصفته هذه؛ لأن العفو عن هذا النوع من الجرائم مقرر للمجني عليه أو وليه، لكن إذا كان المجني عليه قاصرا ولم يكن له أولياء كان الرئيس الأعلى للدولة وليه، إذ القاعدة الشرعية أن السلطان ولي من لا ولي له، وفي هذه الحالة يجوز لرئيس الدولة العفو بصفته ولي المجني عليه، لا بأي صفة أخرى وبشرط ألا يكون العفو مجانا-١١- ...

﴿الصدر﴾ ... تعليق "رقم -١١-" بل له العفو مجانا إذا كان في ذلك مصلحة للقاصر من ناحية أخرى.

﴿الشاوى﴾ ... رأينا في "تعليق -١١-" يتفق الإمام الصدر مع فقيهنا في القول بأن "رئيس الدولة" له العفو عن القصاص إذا كان المجني عليه قاصرا ولم يكن له ولي .. إلا أنه يرى أنه يجوز له العفو مجانا إذا كان في ذلك مصلحة للقاصر .. ونحن نخالفهما في إعطاء حق العفو لرئيس الدولة؛ لأن أولياء الأمر في شئون الفقه والقضاء هم أهل الاجتهاد أو مجلس القضاء الأعلى ...

وإذا كانت النظم الديمقراطية المعاصرة تنص في دساتيرها على إعطاء حق العفو لرئيس الدولة، فهذا ليس حكم الشريعة في نظرنا إذا صح هذا القول في فقهنا المبني على المبادئ الإسلامية إلا إذا كان رئيس الدولة ممن توافرت لديهم شروط الإمامة وأولها الاجتهاد، وأن يتولى الأمر بالشورى الحرة وتعطيه البيعة الحرة هذا الحق صراحة نيابة عن الأمة، باعتباره فقيها مجتهدا كما هو الحال في فقهنا في عهد السلف، أما في غير هذه الحالة فلا نقبل هذا القول للسبب الذي ذكرناه ...

وإنصافا للنظم الوضعية المعاصرة في بعض البلاد، يجب أن نشير إلى أن الأصل في النظم البرلمانية أن من يسميه فقيهنا "رئيس الدولة الأعلى" لا يمارس سلطاته في العفو بنفسه وإنما بواسطة المؤسسات التمثيلية التي يختارها الشعب سواء في المجلس النيابي أو مجلس الوزراء أو برأي مجلس القضاء الأعلى، وهنا يكون دوره شكليا بحتا فهو يملك ولا يحكم كما يقولون ...

<عوده> وفي جـرائم الـتعازير لـولي الأمر أي رئيس الدولة الأعلى حق العفو عن الجريمة-١٢- وحق العفو عن العقوبة. فإذا عفا كان لعفوه أثره بشرط ألا يمس عفوه حقـوق المجني عليه الشخصية، وليس للمجني عليه أن يعفو في التعازير إلا عما يمس حقوقـه الشخصية المحضة. ولما كانت الجرائم تمس الجماعة فإن عفو المجني عليه عن العقوبـة أو الجريمة لا يكون نافذا وإن أدى في الواقع إلى تخفيف العقوبة على الجاني؛ لأن للقاضـي سـلطة واسعة في جرائم التعازير من حيث تقدير الظروف المخففة، وتخفيف العقوبة ...

ولاشك فى أن عفو المجني عليه يعد ظرفا مخففا ...

ثانيـا : من حيث سلطة القاضي : في جرائم الحدود إذا ثبتت الجريمة وجب على القاضي أن يحكم بعقوبتها المقررة لا ينقص منها شيئا، ولا يزيد عليها شيئا، وليس له أن يسـتبدل بالعقوبـة المقـررة عقوبة أخرى، ولا أن يوقف تنفيذ العقوبة. فسلطة القاضي في جرائم الحدود قاصرة على النطق بالعقوبة المقررة للجريمة ...

وفي جـرائم القصاص سلطة القاضي قاصرة على توقيع العقوبة المقررة إذا كانت الجريمة ثابتة قبل الجاني، فإذا كانت العقوبة القصاص وعفا المجني عليه عن القصاص أو تعـذر الحكم به لسبب شرعي وجب على القاضي أن يحكم بالدية ما لم يعف المجني عـليه عـنها، فإذا عفا كان على القاضي أن يحكم بعقوبة تعزير ... وله في التعازير (كما سنبين) سلطة واسعة ...

أما جرائم التعازير، فللقاضي فيها سلطة واسعة في اختيار نوع العقوبة ومقدارها، فلـه أن يخـتار عقوبة شديدة أو خفيفة بحسب ظروف الجريمة والمجرم، وله أن يترل بالعقوبـة إلى أدنى درجاتها، وله أن يرتفع بها إلى حدها الأقصى، وله أن يأمر بتنفيذ العقوبة أو إيقاف تنفيذها ...

ثالـثا : مـن حيث قبول الظروف المخففة : ليس للظروف المخففة أي أثر على

الصدر .. تعليق "رقم -١٢-" ويستثنى من ذلك الجرائم التي أمر الشارع بالتعزير عليها كما مر آنفا.

الشاوى ... رأينـا في "تعـليق رقم -١٢-" يختلف الإمام الصدر مع فقيهنا بشأن إطلاق حق "رئيـس الدولة" في العفو عن التعازير فهو يجعل هذا الحق محصورا في التعازير التي لم يرد نص شرعي بتحريمها، ونحن نضيف التحفظ الذي أشرنا إليه آنفا ...

﴿عوده﴾ جــرائم الحدود والقصاص والدية، فالعقوبة المقررة لازمة مهما كانت ظروف الجـاني، أمـا في جرائم التعازير فللظروف المخففة أثرها على نوع العقوبة ومقدارها، فللقاضي أن يختار عقوبة خفيفة، وأن يترل بها إلى أدنى حدودها، وله أن يوقف تنفيذها.

رابعا : من حيث إثبات الجريمة : تشترط الشريعة إثبات جرائم الحدود والقصاص عـددا معيـنا من الشهود، إذا لم يكن دليل إلا الشهادة، فجريمة الزنا لا تثبت إلا بشـهادة أربعـة شهود-١٣- يشهدون الجريمة وقت وقوعها، وبقية جرائم الحدود والقصاص لا تثبت إلا بشهادة شاهدين على الأقل ...

أما جرائم التعازير فتثبت بشهادة شاهد واحد-١٤- ...

ولا تعـرف القوانين الوضعية هذا التقسيم، وإنما هي تقسم الجرائم غالبا إلى جنايات وجنح ومخالفات ...

الصدر ... تعليق "رقم -١٣-" وكذلك جريمتا "اللواط" و"المساحقة" ...

الشاوى ... رأيـنا في "تعـليق رقم -١٣-" يشير إلى ما ذكره سالفا من قياس جرائم اللواط والمساحقة و"القيادة" على جريمة الزنا الحدية، " من حيث اشتراط أربعة شهود". وقد اعترضنا على هذا القياس فيما سبق بشأن العقوبة "في تعليقنا على البند السابق رقم ٥١ - " وعلى ذلك فلا محل للقياس فيما يتعلق بالإثبات

الصدر ... تعليق "رقم -١٤-" وفي ذلك خلاف بين فقهاء الجعفرية، ومرد الخلاف إلى النقاش في قاعدة أصولية عامة وهى حجية خبر الواحد في المواضيع الخارجية ...

الشاوى رأينا فى "تعليق رقم ١٤ " إننا قلنا بأن القاعدة فى التعازير هى أن الأدلة إقناعية؛ لأنـه لا يوجد نص يلزمنا بدليل قانونى محدود، أى أن القرائن قد تكفى إذا اقتنع بها القاضى ؛ لأن الأدلة القانونية خاصة فقط بالحدود والقصاص .

والقاعدة الأصولية التى يشير لها المعلق الشيعي لا تكفي لإدخال استثناء على ذلك ...

❁ 52 – رأينا فى أساس التفرقة بين جرائم الحدود والقصاص والتعازير :

إنـــنا نقر بأهمية التفرقة بين الجرائم الخطيرة (وهى"الكبائر" التى خصتها الشريعة بعقوبات بدنية – الحدود والقصاص) وميزتها بذلك عن غيرها من الجرائم التى يكتفى فيها بالتعزير – لذلك ندعو لإبراز العلة الموضوعية التى راعتها شريعتنا عندما خصت هذا النوع من الجرائم الخطيرة بنوع خاص من العقوبات البدنية المقررة بنص شرعى، وهـــو أهميـــة الحـــق الإنسانى أو المبدإ الاجتماعى الذى يتمتع بالحرمة ويهدده هذا الاعتداء المقترن بظرف مشدد .

ورأيـــنا هذا ليس المقصود منه مجرد الإشادة بسبق التشريع الإلهى إلى فرض عناية خاصـــة للعقاب على نوع معين من الاعتداء المباشر على الحرمات والحقوق والقيم الإنسانية، وإنما نضيف لذلك أن هذا الاعتبار الموضوعى يجب مراعاته فيما بعد عند دراسة أحكام تلك الجرائم، ويسوغ دعوتنا إلى ضرورة قيام الفقه بتحديد الظروف المشـــددة الـــتى اســـتوجبت تلك العقوبات وأهمها فى نظرنا عَدّ العلانية والمجاهرة الاســـتفزازية ظرفا مشددا في بعضها، واشتراط عدد معين من الشهود كدليل على تـــلك العلانية الفاضحة أو المجاهرة الاستفزازية التى تؤدى إلى إشاعة الفاحشة أوتثير نـــوازع الثأر لدى الرأى العام والجمهور ولدى المجنى عليه وأولياء دمه ... وهو ما راعـــاه المشـــرع مرة أخرى عندما أعطى لهؤلاء دورا مهما فى تشديد العقوبة على جـــرائم الإيـــذاء البدنى – إذ عدّ طلبهم القصاص فى ذاته والإصرار عليه[1] ظرفا مشددا يوجب عقوبة القصاص وهى الحد الأقصى – كما شرع العفو للمجنى عليه أو أوليـــاء الدم لكى يسقط هذه العقوبة القصوى الاستثنائية ويكتفى بالعقوبة العامة فى التعازير ... التى تسرى على جميع الجرائم ...

---

(1) اعترض البعض على قولنا إن طلب القصاص والإصرار عليه يكون ظرفا مشددا بحجة أن الظروف المشددة تكون عادة متعلقة بالفعل المكون للجريمة – وليست ظروفا ناتجة عن اعتبارات شخصية مثل الظروف المخففة . وردنا أن الفقه الوضعى هو الذى أعطى للظرف المشدد تحديده المشار إليه، ولانرى أنه يلزمنا. ومع ذلك، فهناك استثناءات فى القوانين الوضعية لهذا التعريف – إن صفة الأصول توجب تشديد العقوبة فى عقوبة هتك العرض مثلا مع أنها عَدّ شخصى، لدى الجانى .

❁ ضرورة بيان الظرف المشدد الذى يستوجب العقوبة المقررة حدا أو قصاصا :

لذلك فإننا ندعو فقهاءنا وعلماءنا لكى يتعمقوا فى دراسة كل واحدة من هذه الجرائم لبيان الاعتبارات التى جعلها المشرع ظرفا مشددا يوجب الحكم فيها بعقوبات بدنية، وسيجدون أن هذه الدراسة سيكون لها نتائج عديدة فيما يتعلق بأحكام كل من هذه الجرائم.... بل وأحكام العقوبات التى استوجبتها تلك الظروف المشددة .. والتى لامحل لها إذا وجدت شبهة جعلت المشرع يوجب الاكتفاء بالتعزير لأنه الأصل فى نظرنا – ولأنه عام على جميع الجرائم ....

إن ما يسميه "العفو" الجائز فى جرائم الاعتداء على الأشخاص – ليس عفوا عن الجريمة ولا عن الجزاء الجنائى – وإنما هو مجرد إسقاط لوجوب الحكم على الجانى بالقصاص الذى يعُدّه الحد الأقصى، لكن طالما بقى الفعل جريمة، فإنه يبقى جناية جزاؤها هو التعزير .

يؤيد ذلك ما قاله من أن عفو المجنى عليه ليس إلا ظرفا مخففا للعقوبة، والأصح فى نظرنا أنه يستبعد الظرف المشدد الذى أدى بالمشرع إلى فرض العقوبة البدنية القصوى على الجريمة .

وفيما يخص توسيع سلطة القاضى فى تقدير الجزاء التعزيرى فإن هذا أمر عام فى نظرنا على جميع الجرائم، كل ما هنالك أن التخفيف فى حالة الحدود يكون بسبب وجود الشبهات التى تدرأ الحدود – وفى نطاق القصاص تكون الشبهة هى العفو من المجنى عليه أو ولى الدم، أو ولى الأمر فى بعض الأحوال – وهذا العفو هو أحد الشبهات التى تمنع العقوبة القصوى (القصاص) .

ونحن لا نقر قوله بأن ولى الأمر هنا هو من سماه رئيس الدولة الأعلى ... ونرى أن القضاء المجتهد – أو أهل الاجتهاد – أحق بالعفو منه ... فى جرائم القصاص عند عدم وجود المجنى عليه أو ولى الدم ...

وإذا كان هذا القول ورد فى بعض كتب السلف، فإن هذه الكتب ذاتها كانت تسير على أن ولى الأمر أى الخليفة أو الإمام كان يختار لرئاسة الدولة بشرط أن يكون مجتهدا، وإذا كان قد منح هذا الاختصاص فذلك بصفته هذه – وإذا وجد من توافرت فيه صفة الاجتهاد سواء كان قاضيا أو فقيها فإنه له هذا الحق . وفى عصرنا

❁ نتائج عَدّ التعزير عامًا على جميع الجرائم :

نحن نرى أن الاجتهاد أصبح جماعيًا ويجب أن تتولاه مجموعة أو مؤسسة (من الفقهاء وأهــل الذكــر) تختارهم الأمة بالشورى الحرة ونثق فى علمهم وتجردهم عن الهوى والغــرض – ولايشـــاركهم فى ذلك السلاطين أو الأمراء أو رؤساء الدول الذين لاتــتوافر لديهم صفة الاجتهاد أو العلم ولا شروطه كما أن كثيرا منهم يتأثر بهواه ومصالحه إلى حد كبير .

إن هدفـــنا مـــن التذكير برأينا فى أن التعزير هو العقوبة العامة فى جميع الجرائم، سوف نبنى عليه بعد ذلك نتائج لا بد أن نشير إليها منذ الآن :

1 – إزالة الشبهة التى جعلت البعض يظن أن فقهاءنا عندما يقررون أن فعلا معينا لا حد فيه، أو أن الحد يسقط أو أن القصاص يمتنع فى حالة معينة – يقصدون بذلك أنـــه "لا عقوبـــة عليه"، لأن امتناع الحد أوالقصاص يترتب عليه فقط الرجوع إلى القواعد العامة التى توجب التعزير أو تجيزه كلما كان الفعل الثابت معصية أو خطرا عـــلى المجـــتمع أو أفراده . أى أن حق المجتمع فى الجزاء الجنائى على الفعل الذى توافرت فيه أركان الجريمة لا يزول فى حالة سقوط الحد أو امتناع القصاص . وهذا الحق الدائم الباقى دائما يدخل الفعل فى نطاق التعزير .

2 – تذكـــير البـــاحث والقارئ دائما بأن عقوبات الحد والقصاص ذات صفة اســـتثنائية أوجب المشرع الحكيم سقوطها بالتوبة فى الحدود أو بعفو المجنى عليه أو مصالحته فى القصاص والدية، أو لمجرد وجود شبهة. وهذا السقوط يقتصر أثره على امتـــناع العقوبة القصوى المشددة (التى توصف بأنها حد أو قصاص)، لكن لا يترتب عـــليه أن يصبح الفعل مباحا لا جزاء عليه لأن الجزاء الأصيل الباقى دائما يدخل فى نطاق التعازير، متى توافرت فيه أركان الجريمة .

3 – أن الاتجـــاه لتضـــييق نطاق العقوبات المقدرة (حدًا أو قصاصا) الذى أكده رســـولنا الكـــريم وســـار عليه الفقه فى مجموعه، إنما هو نتيجة حتمية للطابع الدينى والاجـــتماعى فى تشـــريعنا الـــذى استوجب تشجيع المخطئين على التوبة وإصلاح سلوكهم، وتشجيع المجنى عليه على العفو والتصالح مع من اعتدى عليه، ﴿فمن عفا وأصلح فأجره على الله﴾. وهذا الاتجاه يكون أقوى إذا كان سقوط الحد أو القصاص

❁ لايكفي لتوقيع عقوبة الحد أو القصاص ثبوت الظرف المشدد بل يجب أيضا ثبوت أركان الجريمة التي تستحق التعزير عند سقوط الحد أو القصاص :

بالــتوبة أو العفـــو لا يعفى الجانى من كل جزاء أو إجراء جنائى، وإنما هو يجعل هذا الجزاء فى نطاق التعازير التى هى الأصل والتى يراعى فيها ظروف كل فعل وكل جان وكل زمان ومكان ويدخل فى نطاقها تدابير الوقاية والإصلاح ..

4 – إزالـــة أى حـــرج لدى أهل العلم و الفقه أو الاجتهاد والتقنين فى مواصلة مارسمــه الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم من توسيع باب التوبة والاستغفار إلى حد دعوة المذنب المقر أو المعترف بالجريمة للعدول عن إقراره ... ليتفادى توقيع الحد أو العقوبة المقررة بالنص الشرعى، طالما أنهم يعلمون أن باب التعزير مفتوح فى حالة سقوط الحد بسبب التوبة أو الشبهة أو التصالح مع المجنى عليه ...

وســيرى القـــارئ أنــنا ســنتجه دائما إلى هذا التوسع فى أسباب سقوط الحد والقصـــاص وتوســيع نطاق التعازير لتشمل تدابير الوقاية والتربية والعبادة وعَدّها الجزاء الأصيل الدائم العام فى جميع الجرائم بما فى ذلك ما يعاقب عليه بحد أو قصاص عندما تتوافر فيه أركان الجريمة برغم امتناع الظرف المشدد الموجب للعقوبة المقررة .

5 – معـــنى الصفة الاستثنائية للعقوبات المقررة حدّا أو قصاصا فى نظرنا هو أنها عقوبات قصوى مشددة. استلزمها توافر ظروف مشددة اقترنت بجريمة معينة، وهذه الجريمة إذا تعرت عن هذا الظرف المشدد سقطت عنها العقوبة المشددة المقررة حتما – ولكنها تدخل فى إطار القواعد العامة الأصلية التى تحكم " التعازير" متى توافرت أركان الجريمة ...

لذلك، فإن مهمة الفقيه والمجتهد هى تحديد هذا الظرف المشدد الذى بنى عليه المشرع الالهى وجوب العقوبة المشددة فى كل حالة قرر فيها عقوبة حد أو قصاص أو دية. وفى هذه الأحوال يجب أن نميز بين عنصرين: أولهما الفعل الإجرامى المكون لأركان الجريمة، وثانيهما هو الظرف المشدد الذى هو سبب التشديد، ويترتب على زواله أو الشك فيه امتناع العقوبة المشددة والاقتصار على التعزير ...

6 – وجوب عناية الفقه ببيان أركان الجريمة التعزيرية؛ وعدم استمرار ترك ذلك كله بحجة أن القاضى هو المختص بتحديد الأفعال المعاقب عليها كما كان يفعل أسلافنا لأن القضاة كانوا مجتهدين .... ولم يعودوا كذلك الآن .

❁ القاضي غير المجتهد يلتزم بالتعزير كلما توافرت أركان الجريمة التعزيرية

لقـــد ســـار أســـلافنا على بيان شروط توقيع الحد أو القصاص، وفى كثير من الأحيـــان يكتفون بالقول بأن عدم اجتماع هذه الشروط كلها يسقط الحد أو يمتنع القصاص، وقد يفهم البعض من ذلك أنه لاجريمة فى الفعل الذى ارتكبه الجانى ـــ وفى بعض الأحيان يشير الفقه إلى "جواز التعزير" ويترك للقاضى الحرية فى فرضه أو عدم فرضـــه دون أن يقدم الشروط التى تستوجب التعزير. وكان هذا مقبولاً عندما كان القاضى مجتهدا، أما الآن فإن علينا أن نميز بين نوعين من الشروط :-

أولهما مايلزم لوجوب التعزير وهى أركان الجريمة فى نظرنا، والنوع الثانى : هو مايضاف لذلك من شروط تكون الظرف المشدد الموجب للحد أو القصاص، وعند ذلـــك لايكـــون القول بسقوط الحد أو امتناع القصاص معناه براءة الجانى وإباحة الفعـــل. بل يجب البحث عن وجود أركان الجريمة التعزيرية، ومتى ثبت ذلك وجب على القاضى (المقلد) التعزير ....

الفصل الثاني
تقسيم الجرائم بحسب قصد الجاني
الجرائم المقصودة ... والجرائم غير المقصودة

﴿عوده﴾ ٥٣ ـ *تنقسم "الجرائم" بحسب قصد "الجاني" إلى جرائم "مقصودة" وغير "مقصودة"* :

(أ) الجرائم المقصودة : هى التي يتعمد الجاني فيها إتيان الفعل وهو عالم بأنه محرم، وهــذا هو المعنى العام للعمد في الجرائم المقصودة أو الجرائم العمدية. وللعمد معنى خــاص في القــتل، هو تعمد الفعل المحرم وتعمد نتيجته، فإن تعمد الجاني الفعل دون نتــيجة كان الفعل قتلا شبه عمد، وهو ما يسمى في القوانين الوضعية بـــ "الضرب المفضي إلى الموت" ...

(ب) الجــرائم غـــير المقصودة : هى التي لا ينتوي فيها الجاني إتيان الفعل المحرم، ولكن يقع الفعل المحرم نتيجة خطإ منه. والخطأ على نوعين [1] :

الــنوع الأول : هـــو ما يقصد فيه الجاني الفعل الذي أدى للجريمة، ولا يقصد الجــريمة ولكنه مع ذلك يُخطئ : إما في نفس الفعل كمن يرمي حجرا ليتخلص منه فيصيب أحد المارة، أو يرمي صيدا فيخطئه فيصيب آدميا ...

وإمـــا أن يكون الخطأ في ظنه كمن يرمي ما يظنه حيوانا فإذا هو إنسان، أو يرمي مـــا يظـــنه جنديا من جنود الأعداء فإذا هو أحد المواطنين، ففي هذه الحالات يقصد الجاني الفعل ولا يقصد الجريمة، ولكن خطأه في فعله أو ظنه يؤدي إلى وقوع الجريمة..

النوع الثاني : هو ما لا يقصد فيه الجاني الفعل ولا الجريمة، ولكن يقع الفعل نتيجة لإهماله أو عدم احتياطه، كمن ينقلب وهو نائم على آخر بجواره فيقتله، وكمن يحفر بئرا في طريق ولا يتخذ احتياطاته لمنع سقوط المارة فيه ...

---

(١) نهاية المحتاج الجزء السابع ص/٢٣٥، المغنى الجزء التاسع ص/٣٢٠، والزيلعي الجزء السادس ص/٩٧ بدائع الصنائع الجزء السابع ص/٢٣٤ . راجع أيضا الفقرتين ٢٨٤، ٣٠١ .

عوده ٥٤ـ *أهمية هذا التقسيم* : تظهر أهمية تقسيم الجرائم إلى مقصودة وغير مقصودة من وجهين :

أولهما : أن الجريمة المقصودة تدل على روح إجرامية لدى الجاني، أما غير المقصودة فليس فيها ما يدل على ميل الفاعل للإجرام، ومن ثم كانت عقوبة الجريمة المقصودة شديدة وعقوبة الجريمة غير المقصودة خفيفة ...

ثانيهما : يمتنع العقاب على الجريمة المقصودة إذا لم يتوافر ركن العمد-١٥-، أما الجريمة غير المقصودة فيعاقب عليها لمجرد الإهمال أو عدم التثبت ...

وتعرف القوانين الوضعية هذا التقسيم، وهى تتفق مع الشريعة في موضوعه ونتائجه ...

الصدر ... تعليق "رقم-١٥-" إذ لا تتحقق جريمة مقصودة بدونه، وليس كما يبدو من العبارة حيث يتراءى منها أن الجريمة المقصودة تتحقق ولا عقاب عليها ...

الشاوى ... رأينا في "تعليق رقم-١٥-" نوافق المعلق الشيعي في تحفظه على قول فقيهنا (في البند ٥٤) بشأن العقاب يمتنع فى الجرائم العمدية إذا لم يتوافر ركن العمد؛ لأن الحالة هنا ليست من حالات موانع العقاب، وإنما هى كما قال حالة انعدام وجود الجريمة لعدم توافر أحد أركانها وهو القصد الجنائي ...

تقسيمات أخرى
من 53 إلى 82

❁ 53، 54 – التفرقة بين الجريمة العمدية وجرائم الخطإ وشبه العمد :

التفرقة بين الجريمة العمدية وجرائم الخطإ ليست محل خلاف بين الشريعة والقوانين الوضعية – وأهم ما يميز جرائم الخطإ هو أن حدوث ضرر معين هو ركنها المادى – فلا عقوبة جنائية مطلقا على مجرد الخطإ إذا لم يترتب عليه ضرر . ولذلك لا مجال للعقاب الجنائى على مجرد الشروع أو الجريمة الناقصة. أما فى مجال الجزاء الدينى والمساءلة يوم الحساب فإنها تشمل كل الانحرافات دون تقيد بأن يترتب عليها ضرر أم لا .

و شبه العمد يتوسط بين العمد والخطإ. وتعاقب عليه شريعتنا بعقوبة أقل من عقوبة الجريمة العمدية ولكنها أشد من عقوبة جريمة الخطإ؛ وهو خاص بجرائم الاعتداء على الأشخاص إذا قصد الجانى فعلا معينا – كالضرب – لكنه لم يقصد النتيجة التى حدثت بسبب فعله، كما إذا مات المجنى عليه أو أصيب بعاهة وثبت أن الضرب هو الذى أدى إليها؛ وتسمى هذه الجريمة فى القانون الوضعى ضربا أفضى إلى الموت أو أفضى إلى إحداث عاهة .

والتسمية التى تستعملها شريعتنا أدق وأعم، لأن الفعل قد لايكون ضربا (كأن قذفه بحجر أو سقاه مادة ضارة لاتحدث الموت أو العاهة فى العادة). أى أن الأداة التى استعملت فى الاعتداء لاتدل على وجود قصد إحداث النتيجة لدى الجانى أو ثبت انعدام القصد بدليل قاطع .

والتمييز بين الخطإ فى الفعل أو فى القصد أو فى الشخص المجنى عليه – الذى أشار إليه فقيهنا – موجود فى الفقه الوضعى أيضا، لكن فقهاءنا سبقوا إليه .

والخلافات فى الفقه الوضعى حول أثر كل نوع من أنواع الخطإ موجودة كذلك فى فقهنا .

وسوف نبين فيما بعد أن المبدأ الشرعى "رفع عن أمتى الخطأ والنسيان" يؤدى بنا إلى عَدّ التعزير عن جرائم "الخطإ" يدخل فى نطاق تدابير الوقاية والإصلاح والتهذيب، ولالزوم لحسبانه "عقوبة جنائية" .

الفصل الثالث
تقسيم الجرائم بحسب وقت كشفها
جرائم متلبس بها ... وجرائم لا تلبس فيها

(عوده) ٥٥ - *تنقسم الجرائم* بحسب وقت كشفها إلى جرائم متلبس بها وجرائم لا تلبس فيها.

الجريمة المتلبس بها : هى الجريمة التي تكشف وقت ارتكابها، أو عقب ذلك ببرهة يسيرة، وقد عرف قانون "تحقيق الجنايات المصري" التلبس في المادة الثامنة بأنه مشاهدة الجاني متلبسا بالجناية،[1] وهى رؤيته حال ارتكابها أو عقب ارتكابها ببرهة يسيرة، ويعُد أيضا أن الجاني شوهد متلبسا بالجناية إذا تبعه من أوقعت عليه الجناية عقب وقوعها منه بزمن قريب، أو تبعته العامة مع الصياح، أو وجد في ذلك الزمن حاملا آلات أو أسلحة أو أمتعة أو أوراقا أو أشياء أخرى يستدل منها على أنه مرتكب الجناية أو مشارك في فعلها.

والجريمة التي لا تلبس فيها : هى التي لا تكشف وقت ارتكابها أو التي يمضي بين ارتكابها وكشفها زمن غير يسير ...

والمعروف لدى فقهاء الشريعة-١٦- أن التلبس هو كشف الجريمة وقت ارتكابها، ولكن ليس في الشريعة ما يمنع من اعتبار حالة التلبس (المجازى)طبقا لوجهة "القانون

(الصدر) ... تعليق "رقم -١٦-" وإعطاء المفهوم الخاص للقسم الأول، أي لاكتشاف الجريمة وقت التلبس بها. هو الذي يعطي هذا القسم الميزتين اللتين أشار إليهما المؤلف، وهما صحة الشهادة حتى إذا قيل بعدم جوازها إلا على المشاهد، وصحة منع المجرم من إتمام جريمته بالقوة استنادا إلى وجوب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، فإن هاتين الميزتين تترتبان على القسم الأول إذا حصر في النطاق الضيق لمفهوم التلبس. وأما إذا عدَّ اكتشاف الجريمة بعد ارتكابها اكتشافا لها حال التلبس بها، فمن الواضح حينئذ أن مثل هذا التلبس ليس حقيقيا وإنما هو مجازي، ولا تترتب عليه الثمرتان ...

فمن يقول من الفقهاء بعدم جواز الشهادة إلا على المشاهد لا يقول بجواز الشهادة في موارد هذا التلبس المجازي؛ لأنه مجرد من المشاهدة الحقيقية، كما أنه لا مجال لاستعمال حق الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر؛ لأن الجريمة بوجودها المادي قد تمت ولا مجال لمنع المجرم من ارتكابها..

(الشاوى) ... رأينا فى "تعليق رقم ١٦-" التعليق يقول إن الفقه رتب على التلبس نتيجتين هما: =

---

(١) معنى لفظ الجناية هنا يتفق مع معنى الجناية في الشريعة الإسلامية وهو الجريمة ...

عوده المصـــري" خصوصـــا وأن المقصـــود من اعتبار هذه الحالة قائمة هو تسهيل الإجراءات لكشف الحقيقة...

٥٦- *أهمية هذا التقسيم* : تظهر أهمية هذا التقسيم في الشريعة من وجهين :

أولهما : من حيث الإثبات : إذا كانت الجريمة من جرائم الحدود وكان الدليل عليها هو شهادة الشهود، فيجب أن يكون الشهود قد شهدوا بأنفسهم الحادث وقت وقوعه ورأوا الجاني وهو يرتكب الجريمة. ويجيز الإمام مالك أن يكون الشهود سماعيين [1] ينقلون عمن شهدوا الحادث ولا يجيز هذا باقي الأئمة [2] -١٧- ...

= صـــحة الشهادة وجواز الدفاع الشرعي، ويرى أن هاتين النتيجتين لا تتوافران إلا في حالة اكتشـــاف الجـــريمة وقت ارتكابها. ونحن نؤيد هذا التحفظ في موضوع الدفاع الشرعي الذي لا محـــل له بعد تمام الجريمة. أما فيما يتعلق بما يسميه صحة الشهادة، فإن أقصى ما يمكن قوله إنها لا تكون شهادة رؤية، بل قرينة يقدرها القاضي... كما أننا نلاحظ أن موضوع التلبس في القوانـــين الوضـــعية ينحصـــر أثره في الإجراءات فقط، فيما يختص بتوسيع سلطات مأموري الضبط القضائي ...

الصدر ... تعـــليق "رقـــم -١٧-" أما الفقهاء الجعفريون فقد اتفقت آراؤهم كما في كتاب جواهر الكلام على رفض الشهادة على الشهادة، وعدم قبولها في حدي الزنا واللواط. ومن رأى أكـــثرهم عدم قبولها في جميع الحدود، وهو الرأي الجدير بالقبول نظرا إلى ماروي بسند صحيح عن أمير المؤمنين علي (ع) أنه قال : "لا تجوز شهادة على شهادة في حد... "

الشاوى ... رأيـــنا في "تعـــليق رقـــم -١٧-" فيما يخص الشهادة السماعية "أو الشهادة على الشـــهادة كما يقولون" فإن التعليق الشيعي يقرر أن فقهاء الجعفرية متفقون على عدم قبولها في الحـــدود عامة، وهذا يتفق مع رأي جمهور السنة (فيما عدا الإمام مالك) كما قال فقيهنا، ويتفق مـــع ما قلناه عن مبدإ وجوب التضييق في تطبيق العقوبات الحدية على ألا يؤثر هذا الاستثناء في أن المبدأ العام هو الأدلة الإقناعية في التعازير في رأينا ...

ونحن نذكر برأينا في أن شهود الرؤية مطلوبون في الحدود فقط لثبوت الظرف المشدد الموجب للعقوبة القصـــوى الحديـــة، أمـــا ماعدا ذلك فيما يخص أركان الجريمة (التعزيرية) وشروطها (فيما عدا الظرف المشدد) فيخضع ثبوتها للقواعد العامة في الأدلة الإقناعية بما فيها الشهادة العادية والسماعية والقرائن ...

إن التضييق في تطبيق الحد لا يمنع التعزير متى ثبتت أركان الجريمة بأدلة يقبلها القاضي ويقتنع بها، ومن بينها الشهادة السمعية والقرائن ..

---

(١) المدونة الجزء السادس عشر ص/٤٥ ...

(٢) بدائع الصناع الجزء السابع ص/٤٩، نهاية المحتاج الجزء الثامن ص/٣٠٧، الإقناع الجزء الرابع ص/٤٠٧.

<عوده> ثانيهمـــا : مـــن حيث الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر : إذا شوهد الجاني وهـــو يـــرتكب الجـــناية، كان لأي شخص أن يمنعه بالقوة عن ارتكاب الجريمة وأن يستعمل القوة اللازمة لمنعه سواء كانت الجريمة اعتداء على حقوق الأفراد كالسرقة أو اعـــتداء عـــلى حقوق الجماعة كشرب "الخمر" و "الزنا"، وهذا ما يسمى "بحق الدفاع الشرعي العام ..."

تعـــريف التلبس فى القانون الوضعى وماجرى عليه فقهاء القانون هو أن أثر حالة التلبس محدود فى نطاق الإجراءات أو الإثبات .

لكنـــنا نـــرى أن شريعتنا ذهبت إلى أبعد من ذلك فهى تجعل التلبس دليلا على العلانيـــة الاستفزازية الفاضحة، ولذلك جعلته ظرفا مشددا فى جرائم العرض (الزنا والقـــذف...). ويوجب المشرع تطبيق عقوبة الحد فى حالة توافر أربعة شهود عاينوا الزنا العلنى وشاهدوه مشاهدة فعلية وشهدوا على التجاهر به .

جـــرى كثيرون على عَدّ الشهود الأربعة فى جريمة الزنا أو القذف دليلا قانونيا على وقوع تلك الجريمة، ونحن نرى أن وجود هؤلاء الشهود دليل على توافر الجهر بالفاحشـــة والعلانيـــة الفاضحة المثيرة وهى ظرف مشدد فى الجريمة المتعلقة بالعرض يستوجب تطبيق العقوبة الحدية .

إن الشـــهود الأربعة فى جريمة الزنا ليسوا فى نظرنا مجرد دليل لإثبات الفعل ، بل المقصود من ذلك هو ثبوت تحول الفعل إلى ما نعُدّه الحالة العلنية الفاضحة . فالعلنية والجهـــر بالفاحشـــة فى العلاقـــات الجنسية المحرمة بالصورة التى تجعل أربعة شهود يشهدون الفعل المكون للجريمة وقت حدوثه بالعلانية الفاضحة (التى أفاض الفقه فى تفصـــيلها وفى وصفها) هى فى نظرنا ظرف مشدد استوجب تغليظ العقوبة وجعلها حدية .... لأنه يؤدى إلى إشاعة الفاحشة فى المجتمع .

ليســـت المســـألة مسألة إثبات ولا تلبس فقط، فى هذا النوع من الجرائم المتعلقة بالعلاقات الجنسية المحرمة؛ بل هى مسألة علانية فاضحة ومجاهرة استفزازية تهدد نقاء المجـــتمع وقـــيمه وأخلاقياتـــه ... حتى لو حدث ذلك من زوجين – وعلاقتهما غير محـــرمة – لكنهما زاولا هذا الفعل المشروع لهما أمام أربعة شهود، فإن هذا استفزاز قـــد يسوّغ فى نظرنا مؤاخذتهما على ارتكاب جريمة فعل فاضح علنى ... أما إذا لم يكونـــا زوجين وكانت العلاقة الجنسية بينهما محرمة ؛فإن هذه العلانية توجب توقيع الحد الأقصى للعقوبة الحدية على هذه الفاحشة، لأن المجاهرة بهذه العلاقة الجنسية فى ذاته محرم وسترها واجب سواء كانت مشروعة أو غير مشروعة .

❁ جريمة الزنا الحدية تستلزم ثبوت العلانية والمجاهرة بالفاحشة والتلبس بشهادة أربعة شهود رؤية :

ينتج عن ذلك أنه إذا لم يتوافر أربعة شهود ، وشهد اثنان أو ثلاثة أو واحد فقط عـــلى هذه المعاشرة المحرمة ، فإن الفعل يمكن أن يُعَدّ جريمة يعاقب عليها بالتعزير فى نظرنا .... إذا قرر أهل الاجتهاد ذلك فى تقنين شرعى .

إن حـــرص المشـــرع الإلهى على حماية المجتمع من كل مجاهرة بهذه العلاقة الجنسية، يوجـــب ردعهـــا بمعاقبة الشاهد أو الشهود الذين يقل عددهم عن النصاب المقرر؛ لأن إشاعة الفاحشة فى المجتمع تقع من الشاهد الذى يشهد بوقوع مثل هذا الفعل ويعلنه أمام القضـــاء دون أن يوجـــد معه شهود آخرون يتحقق بهم النصاب المقرر شرعا، وذلك لـــتحذير الشـــهود من التسرع فى الشهادة على الفاحشة إلا إذا كانت العلانية فاضحة وشـــهدها أربعـــة شهود على الأقل . لأن هذه الشهادة – التى هى فى الأصل واجب شـــرعى – تصبح جريمة قذف معاقبا عليها فى نظر جمهور كبير من الفقهاء. ومعنى ذلك أن الأصل هو ستر هذه الفواحش وعدم إشاعتها سواء ممن ارتكبوها أو ممن شاهدوها .

وفى نظرنا أن معاقبة مثل هذا الشاهد بعقوبة القذف – إذا أخذنا بهذا الرأى – قد لاتمـــنع من فرض التعزير على مرتكب الفعل الذى شهد به . كل ما هنالك أن الفعل لايوصـــف بأنـــه زنا ولايستوجب الحد ، ولكن يكون فعلا فاضحا أو فاحشة تثبت بالقرائن، وتكون العقوبة تعزيرية يقدرها أهل الاجتهاد. وبذلك لايوجد – فى نظرنا – تعـــارض بين تحريم الفعل وتحريم إشاعة الفاحشة التى تثبت بالشهادة من واحد أو اثنين أو ثلاثة فقط؛ ويكون الفعل قد استحق التعزير ولو أنه لم يصل لحد "الزنا" الذى يقصد بـــه ثبوت علاقة جنسية علنية مقرونة بالظرف المشدد (حدوثه أمام شهود رؤية أربعة على الأقل يتوافر فيهم شروط معينة كالعدالة .... إلخ) أو اعتراف قضائى متكرر .

يؤكـــد ذلـــك ما روى عن الرسول – صلى الله عليه وسلم – عندما عاتب من شـــهد برؤيته لهذه الجريمة قائلا "هلا سترته بثوبك ....". ومقتضى ذلك أن الأفضل عدم أداء الشهادة بجريمة الزنا عند عدم توافر شروط العلانية التى تشيع الفاحشة فى المجـــتمع وعدم ثبوتها بأربعة شهود، بدليل أن الشاهد يعاقب على جريمة القذف إذا ادعى بوقوع فعل المعاشرة المحرمة ولم يحضر الشهود الأربعة .

ونحن نرى قصر وصف الجريمة بأنها "زنا" على الحالة التى يثبت فيها وقوع معاشرة جنسـية وشـهد بها أربعة شهود رؤية أو اعتراف علنى قضائى متكرر يثبت به ظرف العلانية المشددة للعقوبة التى تستوجب توقيع الحد الذى فرضه الشارع، مراعاة لمقصد الشريعة فى ردع هذا النوع من المعاشرة الجنسية العلنية المثيرة لجمهور الناس . ونقترح أن توصـف الجريمة فى غير هذه الحالة والمعاقب عليها تعزيرا بوصف أخف يميزها عن وصف الزنا . وأرجو من فقهائنا أن يتفقوا على تسمية خاصة لتلك الجريمة .. وأقترح أن نسـميها "فاحشـة" أو فعلا فاضحا مخلاً بالحياء على الأقل لايصل إلى حد وقوع المعاشرة الجنسية .

الفصل الرابع
المبحث الأول
جرائم إيجابية ... وجرائم سلبية

⟨عوده⟩ ٥٧ـ *تنقسم الجرائم إلى إيجابية وسلبية* بحسب ما إذ كان الفعل قد ارتكب بطريق الإيجاب أو السلب، أو بحسب ما إذا كان الفعل مأمورا به أو منهيّا عنه ...

والجريمة الإيجابية : تتكون من إتيان فعل منهي عنه كالسرقة والزنا والضرب ...

والجريمة السلبية : تتكون من الامتناع عن إتيان فعل مأمور به، كامتناع الشاهد عن أداء الشهادة والامتناع عن إخراج الزكاة ...

وأكثر الجرائم الإيجابية، وأقلها الجرائم السلبية ...

٥٨ـ *الجريمة الايجابية تقع بطريق السلب* : ومن المتفق عليه بين الفقهاء أن الجريمة الإيجابية قد تقع بطريق السلب، فإذا وقعت على هذا الوجه استحق فاعلها العقوبة. فمن حبس إنسانا ومنعه الطعام أو الشراب أو الدفء في الليالي الباردة حتى مات جوعا أو عطشا أو بردا فهو قاتل له عمدا إن قصد بالمنع قتله-١٨-، وذلك

[الصدر] ... تعليق "رقم -١٨-" يجب أن نقول قبل تناول المسألة كلمة عامة عن القتل العمد ومفهومه في الفقه الجعفري وشرائطه في آراء الفقهاء الجعفريين ...

فالقتل قد يتحقق بأداة قاتلة بطبيعتها كإطلاق رصاص على المواضع الخطرة من جسم الإنسان، وقد ينتج عن آلة ليست قاتلة غالبا وإن كانت تقتل في بعض الأحايين كالسوط والعصا. كما أن القاتل قد يكون متعمدا القتل قاصدا له، وقد لا يكون قاصدا له ولا مستهدفا بعمله قتل الآخر. فإذا كانت الأداة قاتلة وقصد القاتل القتل، فالقتل عمدي بإجماع الفقهاء، وأما إذا وجدت إحدى الصفتين فقط كما إذا كانت الآلة قاتلة ولم يقصد القاتل القتل بها إن كان على علم بطبيعتها الخاصة. أو كانت نية المعتدي القتل ولم تكن الآلة قاتلة في الغالب، فالقتل عمدي على أشهر الأقوال بين الجعفريين. وينتج عن ذلك أن المميز الأساسي لقتل العمد هو وجود إحدى الصفتين، إما أن تكون الآلة قاتلة بطبيعتها والقاتل على علم بذلك، وإما أن القاتل "لم يكن " مستهدفا للقتل، من كلا هذين العنصرين بأن لم يكن من نية القاتل القتل أو لم تكن الآلة التي استعملها قاتلة فليس القتل عمدا ...

والدليل على تحقق صفة العمد في نظر الشارع بالحدود التي ذكرناها قوله ﷻ:﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه﴾ فإن الاعتداء بالقتل يصدق عرفا على من قصد القتل فقتل أو استعمل آلة=

<عوده> ما يراه مالك(١) والشافعي(٢) وأحمد(٣). أما أبو حنيفة(٤) فلا يرى الفعل قـتلا؛ لأن الهـلاك حصل بالجوع والعطش والبرد، ولم يحصل بالحبس، ولا صنع لأحد في الجوع والعطش والبرد. ولكن أبا يوسف ومحمدا يريان الفعل قتلا عمدا لأنـه لا بقاء لآدمي إلا بالأكل والشرب والدفء ... فالمنع عند استيلاء الجوع والعطش والبرد على الممنوع يكون إهلاكا له ... والأم التي تمنع ولدها الرضاع قاصدة قتله تُعَدّ قاتلة عمدا-١٩-، ولو أنها لم تأت بعمل إيجابي(٥) ...

= حـادة قاتلة عالما بذلك فقتل بها. كما أن الأخبار عن أئمة أهل البيت (ع) تؤكد ذلك أيضا ... ويمكنـنا أن نذهب إلى أكثر من ذلك فنعد القتل عمدا إذا استعمل القاتل آلة قاتلة بطبيعتها،حتى إذا لم يعلم بطبيعتها الخاصة هذه؛ لأنه اعتداء بالقتل فيندرج في مدلول الآية الكريمة .

وعـلى هـذا فإذا سجن الظالم شخصا وحرمه من الطعام حتى مات، فإن كان الحرمان قد استمر مدة طويلة بحيث يعتبر قاتلا بطبيعته فالقتل عمدي، كما إذا استعمل القاتل الرصاص أو أي وسـيلة قاتـلة في جريمـته، وأما إذا لم يكن الحرمان بدرجة قاتلة غالبا وإنما قتل السجين لظروف خاصة فالقتل عمدي أيضا بشرط أن يقصد الساجن قتل السجين بحرمانه من الطعام، فإذا لم يقصد ذلك لم يكن قتله عمدا؛ لأن القتل العمدي يجب أن توجب فيه نية القتل أو الآلة القاتلة بطبيعتها ...

[الصدر] ... تعـليق "رقم -١٩-" في ضوء ما تقدم يتضح أن حسبانها قاتلة عمدا يتوقف على أحد أمرين : إما أن يكون منع الرضيع وحرمانه من الرضاع مستمرا بالشكل الذي يصبح من طبيعـته أن يؤدي إلى قتل الرضيع، وإما أن تقصد المرأة بالمنع قتل الطفل، فإذا قصدت ذلك كـانت قاتلة عمدا سواء قتلته بحرمانه من الرضاع زمانا طويلا أو قصيرا. وعلى هذا الأساس يفهـم حكم الفقه الجعفري من المسألتين التاليتين (حرمان المسافر من الماء) و (امتناع القابلات من قطع الحبل) ... =

---

(١) الشرح الكبير للدردير الجزء الرابع ص/٢١٥ ...
(٢) نهاية المحتاج الجزء السابع ص/٢٣٩ ...
(٣) المغني الجزء التاسع ص/٣٢٧ ..
(٤) بدائع الصنائع الجزء السابع ص/٢٣٤، والبحر الرائق الجزء الثامن ص/٢٩٥ ...
(٥) الشرح الكبير للدردير الجزء الرابع ص/٢١٥ ...

﴿عوده﴾ ومن منع فضل مائه مسافرا عالما بأنه لا يحل له منعه، وأنه يموت إن لم يسقه عُدَّ قاتلا له عمدا، وإن لم يكن قتله بيده، وهو رأي في مذهب مالك(١)، ويرى بعض فقهاء مذهب أحمد أنه قتل شبه عمد(٢) ...

وإذا حضر نساء ولادة فقطعت إحداهن الحبل السري ولم تربطه بعد قطعه متعمدة الامتناع عن ربطه فمات الوليد بسبب ذلك، فهي قاتلة له، ومن الممكن حُسبان بقية الحاضرات قاتلات إذا لم يرون أيضا ربط الحبل السري؛ لأن القطع غير مهلك في ذاته وإنما المهلك ترك الربط، ولما كن جميعا قد تعمدن ترك الربط فالهلاك ينسب إليهن جميعا(٣).

٥٩ـ *متى يُعَدّ الممتنع مسئولا؟* والظاهر من تتبع أمثلة الفقهاء أن الممتنع لا يُعَدّ مسئولا عن كل جريمة ترتبت على امتناعه، وإنما يسأل فقط حيث يجب عليه شرعا أو عرفا ألا يمتنع. وإذا كان هذا هو القاعدة فهناك اختلاف على ما يوجبه الشرع والعرف. ومن الطبيعي أن يكون هذا الخلاف مادامت وجهات النظر مختلفة. فمثلا : يرى بعض الحنابلة أن من أمكنه إنجاء آدمي من هلكة كماء أو نار أو سبع فلم يفعل حتى هلك فلا مسئولية عليه،(٤) ويرى بعض الحنابلة أنه مسئول.(٥) وأساس هذا الخلاف هو: هل

= [الشاوى] ... رأينا في "تعليقي رقمي -١٨- و-١٩-" يشير السيد الصدر إلى أن الفقه الجعفري يشترط لتوافر ركن العمد في القتل إحدى الصفتين، إما ثبوت قصد القتل ، وإما استعمال آلة قاتلة؛ إذ يرون أن هذا يستفاد منه حتما توافر نية القتل ...

ونحن نؤيد قول فقيهنا في ضرورة ثبوت قصد القتل دائما (في حالة الامتناع أو العمل الإيجابي) لأنه إذا وجدت أدلة على عدم توافر نية القتل (رغم استعمال آلة قاتلة بطبيعتها) فإن الفعل لا يجوز اعتباره قتلا عمدا (سواء كان بفعل إيجابي أو سلبي) ...

وعليه لا يجوز في نظرنا عَدُّ استعمال آلة قاتلة بطبيعتها دليلا قاطعا على العمد لا يجوز إثبات عكسه، بل الأصح أنه يمكن ويجوز إثبات العكس، وقد كرر المعلق الشيعي رأيه في تعليقه على البند-٦١- ...

---

(١) مواهب الخليل للحطاب الجزء السادس ص ٢٤٠ ...

(٢) المغنى الجزء التاسع ص ٥٨١

(٣) الفتاوي الكبرى لابن حجر الجزء الرابع ص ٢٢١/٢٢٠ ...

(٤) الإقناع الجزء الرابع ص/ ٢٠٥ ...

(٥) المغنى الجزء التاسع ص/ ٥٨١ ...

<عوده> الإنجـــاء واجب أم غير واجب؟-٢٠- ومن هذا القبيل المثل الذي ضربناه عن منع الماء ...

الصدر ... تعليق "رقم -٢٠-" لاشك لدى فقهاء الجعفرية في وجوب إنجاء كل إنسان معصوم الدم .

الشاوى ... رأينا في "تعليق رقم -٢٠-" المعلق الشيعي تعجل في الإشارة إلى التفرقة بين الشخص معصوم الدم والمهدر، ولنا رأينا في هذا الموضوع "يخالف رأيه"، نرجو مراجعته في تعليقاتنا على البند (٣٧٣) وما بعده...

ونحـــن نعارض تماما القول بأن شريعتنا لا تعترف بحق الإنسان في حرمة حياته وكرامته بحجة أنـــه مهـــدر؛ لأن الحقـــوق الإنسانية يستوي فيها البشر جميعا، ولأن الإهدار لا يكون إلا بحكم قضائي

❁ 57 ـ 59 ـ العقاب على ارتكاب جرائم العمد بمجرد الامتناع :

بعـــض الأفعال السلبية تُعَدّ جريمة يعاقب عليها دون نظر إلى النتيجة التى تؤدى إليهـــا، فهذه جرائم فعلها المادى هو مجرد الامتناع أى الموقف السلبى بعدم القيام بما يوجبه الشارع: مثال ذلك الامتناع عن أداء واجب الشهادة أو أداء الزكاة .

لكـــن المشكلة الكبرى التى تعرض لها فقيهنا هى معرفة ماإذا كان الامتناع مكونا لجريمة عمدية فى بعض الجرائم الخطيرة كالقتل مثلا متى ثبت وجود القصد الجنائى .

إنـــنا نقدر الجهد الذى بذله لاستقصاء حالات العقاب على الامتناع الذى يقصد به إحداث نتيجة إجرامية معاقب عليها فى الجرائم العمدية الواردة فى كتب الفقه، فى البـــنود 58و59، وهذا يشهد له ولفقهائنا الذين استشهد بهم على توافر هذا المبدإ فى الفقـــه وأنهم لم يقصروا فى استنباط الحكم الشرعى بتطبيق عقوبة الجريمة العمدية فى حالات الامتناع، أو ما يسمونه العمل السلبى .

لقد أشار إلى الخلافات الموجودة بين فقهائنا فى هذا المجال بتفصيل ملحوظ، وأثبت أن لهـــا نظيرا فى الفقه الوضعى بل وفى القضاء، ولذلك فإن شريعتنا كانت فى منتهى الحكمـــة عـــندما وسعت للقضاء فى سلطته التقديرية وخاصة فى نطاق التعازير ... وأكـــدت بذلك سبقها للقوانين الوضعية "الحديثة". وهذا دليل آخر على ما حرص عـــلى تأكيده مرارا من سمو مبادئ شريعتنا ومرونتها التى تجعلها صالحة للتطبيق رغم تغير الظروف زمانا ومكانا.

والحالة الأولى الواضحة التى كانت محل اتفاق بين الفقهاء هى حالة من امتنع عن واجب فرضته عليه الشريعة : مثل الأم التى تمتنع عن إرضاع طفلها بقصد قتله، أو المولـــدة الـــتى تمتنع عن ربط الحبل السرى. ولابد أن يثبت أن الجانى قد قصد فعلا إحـــداث النتـــيجة (الوفاة مثلا) . أما إذا قصد الفعل ولم يقصد الوفاة فإن فقهاءنا يَعُدّون الجريمة من صور شبه العمد .

والخلافـــات فى الفقه أكثر إذا كان الواجب الذى امتنع الجانى عن أدائه لايفرضه القانون بل يفرضه العقد أو العرف .

فـــإن كان هناك عقد يلزم الشخص بعمل ولكنه امتنع عن القيام به بقصد إحداث النتيجة المعاقب عليها، كالمرضعة المأجورة إذا تعمدت الامتناع عن إرضاع طفل بقصد قتله؛ فلاشك فى معاقبتها على جريمة عمدية لأن مايوجبه العقد يفرضه الشرع بناء على النص القرآنى ﴿يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾. أما العرف ففيه أقوال كثيرة .

﴿عوده﴾ ٦٠ ـ *التشريع والقوانين الوضعية* : واتجاه فقهاء الشريعة في القتل بالترك هو نفس الاتجاه الذي سار عليه أغلب شراح القوانين الوضعية ابتداء من القرن التاسع عشر، أما قبل ذلك فقد كانت غالبية الشراح ترى أنه لا يمكن إحداث الجريمة بالترك؛ لأن الترك عدم ولا ينشأ عن العدم وجود. وكانت أقلية الشراح ترى أن الترك يصلح سببا للجريمة كالفعل تماما لأن كليهما يرجع إلى إرادة الإنسان. وقد انتهت الغالبية إلى التسليم بأن الترك يصلح سببا للجريمة، ولكنهم لم يأخذوا بهذا المبدإ على إطلاقه، وقيدوه بأن يكون الشخص مكلفا في الأصل بالعمل، وأن يكون الامتناع أو الترك مخالفة لهذا التكليف، ويستوي عندهم أن يكون مصدر التكليف بالعمل القانون أو الاتفاق.

ومن الأمثلة التي يضربها شراح القوانين على القتل بالترك: حبس شخص دون حق ومنع الطعام عنه بقصد قتله،-٢١- وامتناع الأم عمدا عن إرضاع ولدها بقصد قتله. ويضربون مثلا على الحالة التي لا مسئولية فيها: الامتناع عن إنقاذ مشرف على الغرق، أو إنسان أحاطت به النار، أو أقدم على افتراسه سبع. والأمثلة في الحالين تكاد تكون نفس الأمثلة التي يضربها فقهاء الشريعة الإسلامية...

﴿الصدر﴾ ... تعليق "رقم -٢١-" ومنع الطعام عنه بقصد قتله أو مدة يُعَدّ حرمان الشخص من الطعام فيها قاتلا بحسب العادة، فقد مر بنا أن القتل العمدي في الفقه الجعفري يستمد صفته الخاصة من أحد أمرين: إما توافر عنصر القصد إلى القتل فيه، وإما كون السبب قاتلا عادة. وبذلك يعرف حكم الفقه الجعفري في مسألة الإرضاع التي أشار إليه المؤلف ...

﴿الشاوى﴾ ... رأينا في "تعليق رقم -٢١-" سبق أن قلنا إن رأينا هو أن الجريمة تُعَدّ عمدية عندما يتوافر يقين لدى القاضي بوجود القصد الجنائي. أما الآلة القاتلة أو المدة الطويلة في الحرمان من الطعام، فهي ليست إلا أدلة فقط على توافر القصد ...

(عوده) ٦١ـ *الفرق بين الشريعة والقانون* : ويلاحظ أن اشتراط شراح القوانين أن يكون العمل واجبا بمقتضى القانون أو الاتفاق يساوي تماما ما يشترطه فقهاء الشريعة من أن يكون العمل واجبا بمقتضى الشريعة؛ لأن الشريعة توجب الوفاء بالعقود والاتفاقات طبقا لقوله ﷻ : ﴿يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾-٢٢- [المائدة:١].

فمن كان عليه واجب طبقا لاتفاق فهو واجب أيضا طبقا للشريعة مادام لا يخرج على نصوصها أو روحها، فالشريعة والقانون يتفقان تماما في هذه النقطة ...

ولكن الشريعة تخالف القوانين الوضعية في أنها تجعل الجاني مسئولا عن الترك والامتناع إذا كان العرف يوجب على الشخص أن يعمل ولا يمتنع، ولاشك في أن الشريعة منطقية في هذا التوسع؛ لأن الشرائع والقوانين جميعا بل واتفاقات الأفراد تفترض أن ما يفرضه العرف يجب اتباعه، ولا معنى لأن ينص في الاتفاقات على واجبات مقررة بمقتضى العرف ومتعارف عليها من الجميع. فإذا سئل الشخص عن واجب يفرضه اتفاق، فأولى به أن يسأل عن واجب يفرضه العرف-٢٣- ويعترف به الناس دون حاجة لاتفاق أو إثبات ...

وتمتاز الشريعة الإسلامية على القوانين الوضعية بأنها عرفت هذه النظرية من القرن السابع، بينما لم تبدأ القوانين الوضعية بمعرفتها إلا في القرن التاسع عشر، فكأن القوانين لم تجئ إلا بما سبقتها إليه الشريعة...

(الصدر) ... تعليق "رقم -٢٢-" ذهب الفقهاء الجعفريون مذهبين في تفسير هذه الآية الكريمة: أحدهما أن الوفاء بالعقود يعني تنفيذها عمليّا والسير وَفقا لها، فالأمر بها يكون عبارة عن الحكم بوجوب العمل الذي تم عليه العقد والاتفاق، وعلى هذا تدل الآية بنصها على الوجوب. والمذهب الآخر يتجه إلى تفسير الوفاء بإتمام العقد، فالوفاء بالعقد معناه الاستمرار عليه وعدم نقضه وفسخه، وفي ضوء هذا يكون الأمر بالوفاء بمعنى التنبيه على أن العقد إذا تم بين شخصين فلا يمكن لأحدهما الانسحاب عنه، وهذا هو الذي يعبر عنه في العرف الفقهي بأن العقد لازم لا ينفك عن المتعاقدين. فالآية تدل بنصها على اللزوم، وحيث إن العقد لا يصبح لازما إلا إذا كان صحيحا، وكان العمل به واجبا، فالوجوب يفهم من الآية الكريمة بصورة غير مباشرة ...

(الشاوى) ... رأينا في "تعليق رقم -٢٢-" الالتزام بالعقد يعني الأمرين معا في نظرنا، وهما: الالتزام بتنفيذ ما تم الاتفاق عليه، وكذلك بعدم نقض العقد ولا فسخه ...

(الصدر) ... تعليق "رقم -٢٣-" فإن الاتفاقات العرفية العامة تُعَدُّ اتفاقات مدرجة في العقد وإن لم يصرح بها لدلالة الحال العام عليها، وإنما تسقط قيمتها فيما إذا أقام المتعاقدان دليلا على التجرد عنها وإخراجها من حسابها في التعاقد ...

(الشاوى) .. رأينا في "تعليق رقم -٢٣-" هذا التعليق خاص فقط بحالة وجود عقد، فالعرف يُعَدُّ مكملا له ..

❁ 60 ، 61 – الامتناع عن واجب يفرضه العرف فى الجرائم العمدية :

فقيهنا أكد أن القوانين الوضعية تسير على ماسبقها إليه فقهنا من أن الامتناع عن عمــل يوجبه القانون أو الاتفاق (العقد) على الشخص ليعاقب عليه مادام قد قصد بامتــناعه إحــداث النتيجة التى يعاقب القانون على تعمد ارتكابها. وعلى ذلك فإنه يســأل عن جريمة عمدية ارتكبها بالامتناع . وأضاف فقيهنا أنه إذا كان العرف هو الــذى يوجب الفعل فإنه يسأل أيضا عن جريمة عمدية بالامتناع فى فقهنا، لأن هناك مــبدأ شرعيا عاما يقضى بأن "المعروف عرفا كالمشروط شرطا" فى العقد . فمتى قلنا إن الامتــناع عــن القيام بواجب مستمد من العقد بقصد إحداث النتيجة المعاقب عــليها، فإنــه يعاقب عليه بحسبانه جريمة عمدية (إذا كان قد قُصد به فعلا إحداث النتــيجة المعاقب عليها) فإننا يجب أن نعاقب من يمتنع عن واجب فرضه العرف متى كان امتناعه مقصودا به النتيجة المعاقب عليها . ويشير فقيهنا إلى أن القوانين الوضعية لم تصل إلى هذا المبدإ .

ولاشك فى أن هناك آراء أخرى فى هذا الموضوع سواء فى فقهنا أو الفقه العصرى والوضعى.

* * *

لكن فقيهنا لم يبد رأيه فى نوع العقوبة التى يستحقها الجانى فى هذه الحالات: هل تكــون قصاصــا أو حدّا مثل عقوبة من ارتكب الفعل بعمل إيجابى، أم أنها تكون تعزيرا ؟

ونحــن نفضــل الــتعزير فى هذه الحالة حتى نترك لأهل الاجتهاد فرصة لتنويع العقوبــات بحســب خطورة الفعل السلبى الذى أدى إلى النتيجة التى أرادها الجانى بامتناعه .

المبحث الثاني
في تقسيم الجرائم بحسب كيفية ارتكابها
جرائم بسيطة ... وجرائم اعتياد

(عوده) ٦٢ ـ تنقسم الجرائم في الشريعة بحسب كيفية ارتكاب الجاني لها إلى جرائم بسيطة وجرائم اعتياد.

الجريمة البسيطة : هى التي تتكون من فعل واحد كالسرقة والشرب، ويستوي أن تكون الجريمة مؤقتة أو مستمرة ...

وجرائم الحدود والقصاص أو الدية كلها جرائم بسيطة ...

وجريمة الاعتياد:-٢٤- هى التي تتكون من تكرر وقوع الفعل، أي أن الفعل بذاته لا يعد جريمة، ولكن الاعتياد على ارتكابه هو الجريمة ...

وجرائم الاعتياد توجد بين جرائم التعازير، ويستدل عليها من النص المحرم للفعل، فإن كان يشترط للعقاب اعتياد الفعل فالجريمة جريمة عادة، وإن كان يكتفي بمجرد وقوع الفعل فالجريمة بسيطة ...

والأصل أن التعزير يكون على فعل المحرمات وترك الواجبات، وهذا متفق عليه، إلا أنهم اختلفوا في التعزير على فعل المكروه وترك المندوب، [1] فرأى-٢٥- البعض

(الصدر) ... تعليق "رقم -٢٤-" مثالها في الفقه الجعفري جريمة الإصرار على الصغائر، فإن الإصرار عليها معصية كبيرة، وكل كبيرة فيها التعزير، وكذلك أيضا الاعتياد على جرائم معينة كجريمة قتل أهل الذمة، فإن الاعتياد عليها يُعَدّ جريمة أخرى لها عقاب خاص كما سنشرحه في الموضع المناسب إن شاء الله ﷻ ...

(الشاوى) ... رأيسنا في "تعليق -٢٤-" يشير التعليق الشيعي إلى أن صغائر الأمور لا عقاب عليها، لكن الفقه الجعفري يرى أن الإصرار عليها (أي الاعتياد عليها) يعاقب عليه بحسبانه أحد الكبائر.

وما قاله عن أن الاعتياد على قتل الذمي يكون جريمة أخرى (إلى جانب جريمة القتل)، أي أنه ينم عن تعصب عدواني لا تقره الشريعة وله عقوبة خاصة إلى جانب عقوبة القتل، فسوف نعود لمناقشة ذلك في الموضع المناسب في القسم الخاص ..

(الصدر) ... تعليق "رقم -٢٥-" الاستحباب والكراهة يمتازان على الوجوب والحرمة بإذن =

(١) المكروه هو ما طلب من المكلف الكف عنه طلبا غير حتم، والمندوب هو ما طلب فعله من المكلف طلبا غير حتم ...

<عوده> ألا عقاب على فعل مكروه أو ترك مندوب إطلاقا [1] ورأى البعض العقاب على فعل المكروه وترك المندوب[2] كلما دعت إلى ذلك المصلحة [3] ...

والذين يرون العقاب على ترك المندوب وإتيان المكروه يشترطون أن يتكرر الترك أو الإتيـــان، فـــإذا لم يتكرر فلا عقاب. وإذن فهم لا يجعلون العقاب على الفعل أو الترك في ذاته وإنما يجعلون العقاب على التكرار الذي يدل على أن الجاني جعل الفعل أو الترك عادة وإلفا له ويعتبرون أن العادة قد تكونت إذا حصل الفعل أو الترك مرة ثانيـــة، أي أن العادة عندهم تتكون من مرتين[4] وعلى هذا فكل مكروه أو مندوب

= الشـــارع في تـــرك المستحب وفعل المكروه، وما يأذن الشارع به لا يمكن أن يعاقب عليه، وإنما يمكـــن العقاب على شيء لم ترد فيه رخصة كترك الواجب والإتيان بالمحرم، وعلى هذا الأساس فالمداومـــة عـــلى ترك المستحب والإتيان بالمكروه لا يمكن أن يعاقب عليه الشارع؛ لأنها مداومة على شيء مأذون فيه، فمن المستحيل أن تكون سببا للعقاب بصفتها مداومة على ترك المستحب أو الإتيـــان بالمكروه وإنما يعاقب عليها أحيانا إذا كانت المداومة على ذلك محرمة بدليل خاص، كمـــا قـــد يفهم ذلك من بعض الأحاديث المروية عن أهل البيت (ع) الدالة على معاقبة التارك لجماعة المسلمين ...

الشاوي ... رأينا في "تعليق رقم -٢٥-" فيما يخص الاعتياد على فعل المكروه أو ترك المستحب فإن السيد الصدر يؤيد الرأي الذي يقول بأنه لا عقاب على تكرار فعل مكروه أو تكرار ترك مـــندوب، وتعليله لذلك يشهد بدقته وعمق تفكيره، يدعونا لتأييد الرأي الذي يتفق مع هذا القول في فقه السنة الذي يقول فقيهنا في المتن أنه فيه خلاف في هذا الموضوع ...

---

(١) الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم جزء ثالث ص: ٢١، ٢٢. الإقناع الجزء الرابع ص : ٢٧٠، ٢٧١. مواهب الجليل الجزء السادس ص/٣٢٠، بدائع الصنائع الجزء السابع ص/٦٣ ...

(٢) المستصـــفى للغزالي ص:٧٥/٧٦، تحفة المحتاج الجزء الثامن ص/١٨، مواهب الجليل الجزء السادس ص/٣٢٠، تبصرة الحكام الجزء الثاني ص:٢٥٩/٢٦٠، الأحكام السلطانية ص/٢١٢ ...

(٣) يطلق بعض هذا الفريق عبارته بحيث توهم أن إتيان المكروه وترك المندوب يعاقب عليه بصفة مطلقة ، ولكـــنهم في الواقع لا يقصدون هذا؛ لأن القاعدة العامة في التعزير أنه مقيد بالمصلحة العامة، ولذلك أجيـــز لولي الأمر في جرائم التعزير العفو عن العقوبة ، وعلى هذا تكون تلك العبارات المطلقة مقيدة بهذه القاعدة العامة...

(٤) مواهب الجليل الجزء السادس ص/٣٢٠، الأحكام السلطانية ص/٢١٣ ....

عوده عوقب عليه فهو من جرائم العادة-٢٦- ...

٦٣ـ *أهمية هذا التقسيم* : تظهر أهمية تقسيم الجرائم إلى جرائم بسيطة وجرائم اعتياد من الوجوه الآتية :

أولا: من حيث مبدأ سريان التقادم-٢٧- في الجرائم البسيطة تبدأ المدة المسقطة للدعوى من يوم ارتكاب الجريمة إن كانت مؤقتة، ومن يوم انتهاء الحالة المحرمة إن كانت غير مؤقتة. أما في جرائم العادة فالمدة المسقطة تبدأ من تاريخ وقوع الفعل الأخير المكون للعادة ...

ثانيا : من حيث الاختصاص : يكون الاختصاص في الجريمة البسيطة للمحكمة التي وقع في دائرتها الفعل المكون للجريمة إذا كانت الجريمة مؤقتة، فإن كانت

الصدر ... تعليق "رقم -٢٦- " أما موقف الفقهاء الجعفريين من العادة، فيتلخص في القول بأن العدد هو الذي تحصل به العادة وتتكون منه عرفا، فالعرف هو المقياس، وقد احتمل بعضهم أن هذا العدد هو اثنان غير أن الرأي المعروف الذي أكده صاحب الجواهر وصاحب الروضة (قدس سرهما) هو أن العادة لا تتكون إلا بثلاث مرات وليس بمرتين ؛ لأن المرة الثانية وإن كانت عودة إلى الفعل، ولكن ليس كل عود يُعَدّ اعتيادا في العرف العام وإنما يوجد الاعتياد إذا تكرر العود، والعود إنما يتكرر في المرة الثالثة .

الشاوى ... رأينا في "تعليق رقم -٢٦- " يقول السيد الصدر إن الرأي الذي يرجحه في الفقه الجعفري هو أن العادة تتكون من العدد الذي تتكون منه عرفا، وأن صاحب الجواهر وصاحب الروضة يرون أن العرف العام هو أن العادة تتكون من تكرار الفعل ثلاث مرات لا اثنتين، كما يقول فقيهنا في المتن، ونعتقد أن هذا الرأي أقرب إلى الصواب، إلا إذا جرى العرف على غير ذلك ...

الصدر ... تعليق "رقم -٢٧-" إنما تظهر أهمية التقسيم من هذه الناحية إذا أخذنا بهذا المبدإ القائل بسقوط الدعوى عند مرور مدة معينة، وسنعرض لرأي الفقه الجعفري في هذا المبدإ حين يبحثه المؤلف ...

الشاوى ... رأينا فى "تعليق -٢٧-" في هذا التعليق يشير إلى أن مبدأ سقوط الجريمة بالتقادم فيه آراء مختلفة، وهذا يؤيد رأينا بوجوب تقنين الفقه المعمول به في كل بلد أو قطر، ويجب أن يختار المقنن الرأي الذي يراه متفقا مع ظروف الزمان والمكان ...

(١) مواهب الجليل الجزء السادس ص/٣٢٠، الأحكام السلطانية ص/٢١٣ ...

﴿عوده﴾ مستمرة أو متجددة فالاختصاص لكل محكمة استمر في دائرتها الفعل أو تجدد، ويكون الاختصاص في جريمة العادة للمحكمة التي وقع في دائرتها الفعل الأخير المكون للعادة [1] -٢٨- .

ثالـــثا : من حيث تطبيق قواعد التداخل: -٢٩- "فإن" الحكم في جريمة عادة يمنع مـــن محاكمة الجاني على الأفعال السابقة ولو لم تدخل في المحاكمة الأولى؛ لأن قواعد

الصدر ... تعـــليق "رقم -٢٨-" ليس من الضروري أن تختص صلاحيات المحكمة بالجريمة التي وقعـــت في دائـــرة معينة أو بالأشخاص الذين يعيشون ضمن تلك الدائرة، بل تحدد صلاحيات الحاكم وفقا للمدى الذي سمح ولي الأمر له بممارسة عمله فيه، فقد يجعل من صلاحيته الحكم في أى واقعـــة كانت بقطع النظر عن مكان الجريمة ومسكن المجرم، وقد يحدد صلاحياته تبعا لما يراه من المصلحة العامة، وقد ثبت بالدليل أن الإمام قد أعطى كل مجتهد عادل صلاحية الحكم في أى واقعـــة بصـــورة مطلقة، فله أن يمارس صلاحياته تجاه أي واقعة كانت إلا إذا اقتضت المصلحة العامة تحديد منطقة عمله ضبطا للنظام، فلولي الأمر عندئذ إلزامه بالتزام منطقة معينة ...

الشاوى ... رأيـــنا في "تعـــليق -٢٨-" التعـــليق يشير إلى أن تحديد اختصاص كل قاض (أي كل محكمة) هو من صلاحية الإمام، وكنا نفضل أن يقول لنا من هو الإمام الذي يختص بذلك في نظره، ومـــا هى شروط صحة ولايته وقد قلنا إننا نرى أن يختص بذلك مجلس القضاء الأعلى الذي يقوم مقام قاضي القضاة، وليس السلطان أو من يتولى السلطة التنفيذية احتراما لمبدإ استقلال القضاء ...

الصدر ... تعـــليق "رقم -٢٩-" لا مجال هنا لتطبيق قانون التداخل؛ لأن كل فعل من الأفعال الـــتي تتكون منها العادة إن كان عملا محرما، وجريمة شرعية فيجب أن يعاقب المعتاد على كل فعـــل بالعقاب المقرر له، ويعاقب على الاعتياد بصفته جريمة أخرى، ولا دليل من الشرع على الـــتداخل. وأما إذا كان كل فعل من الأفعال التي كونت الاعتياد سائغا أو لم يكن (على أقل تقدير) جريمة قرر لها عقاب معين فلا يعاقب الفاعل إلا على الاعتياد لا لتطبيق قواعد التداخل بل لأنه لم تصدر منه إلا جريمة واحدة وهى الاعتياد ...

الشاوى ... رأيـــنا في "تعـــليق رقم -٢٩-" في التعليق يعترض على قول فقيهنا إن قواعد الشريعة تطبق مبدأ التداخل، ويقول إنه لا دليل من الشرع على التداخل... وهذا يؤكد رأينا بأنه لا يصح=

---

(١) يرى بعض الشراح الفرنسيين أن الاختصاص يكون للمحكمة التي يقيم الجاني في دائرتها إذا كان العمل المكون للعادة قد وقع وحده في دائرة محكمة غير التي وقع فيها الفعل الآخر، إذ لا يمكن أن يُعَدّ محلا للجريمة إلا المكان الذي تقع فيه أفعال كافية لتكوين العادة، فإذا لم تتوافر بالعادة في مكان معين فإنها تتوافر في شخص الجاني ومن ثم ترفع عليه الدعوى في محل إقامته ...

عوده الشـــريعة لا تسمح بتعدد العقوبة على الجرائم التي من نوع واحد والتي لم يحكـــم فيها بعد، وتكتفي بعقوبة واحدة عنها جميعا طبقا لقواعد التداخل، والقوانين الوضعية تصل إلى هذه النتيجة نفسها بتطبيق قاعدة قوة الشيء المحكوم فيه ...
وإذا حوكـــم الجاني مرة فمن المنطق أن لا يحاكم مرة ثانية إلا إذا وقع منه أكثر من فعل واحد من الأفعال التي تكون العادة؛ لأن العقوبة مقررة على الاعتياد على الفعل المحرم لا على الفعل ذاته، وهذا هو الرأي الذي تأخذ به محكمة النقض المصرية ...

٦٤ *الشـــريعة والقـوانـين الـوضـعية* : تتفق الشريعة والقوانين الوضعية فى تقسيم الجرائم إلى جرائم بسيطة وجرائم عادة، وتتفق معها فى تعريف جريمة العادة، وفى أن العقاب على الاعتياد. وفى مصر استقر الفقه والقضاء على أن العادة تتكون من وقع الفعل أو الترك مرتين –٣٠– ...

٦٥ *الجـرائم الـتى تـتكـون مـن أفعـال متلاحقـة* : قد يرتكب الجانى عدة أفعال من نـــوع واحـــد تنفيذا لغرض جنائى واحد فيسرق أمتعة من مسكن على عدة دفعات، أو يضـــرب شخصـــا ضـــربات مـــتعددة. وحكم هذه الأفعال المتعددة المتلاحقة للشريعة الإســـلامية أنها جريمة واحدة ويعاقب عليها بعقوبة واحدة، فمن سرق منزلا على دفعتين أو أكثر يُعَدّ مرتكبا لجريمة سرقة واحدة، ومن ضرب شخصا أكثر من ضربة يُعَدّ مرتكبا لجريمة ضرب واحدة ...

٦٦ *الفـرق بـين الأفعـال المـتلاحقة وجريمة العادة والجريمة غـير المؤقتة* : تختلف الأفعـــال المـــتلاحقة عن جريمة العادة فى أن الأفعال المتعددة المكونة لجريمة العادة لا

= أن ينسب كل فقيه رأيه للشريعة دون إشارة إلى وجود آراء أخرى، وإنما يجب أن ينسبه لاجتهاده أو لاجتهاد غيره ممن يؤيدهم من الأئمة أو الفقهاء ليكون القارئ على بينة من إمكان وجود آراء أخرى في الشريعة حتى لا ينسى الناس أن شريعتنا تتسع لآراء متعددة أو مذاهب مختلفة ... وما ذكره فقيهنا في الصلب هو رأي من يأخذون بقاعدة التداخل دون غيرهم ...

الصدر ... تعليق "رقم ٣٠ مر بنا أن بعض فقهاء الإمامية احتمل أن التكرار مرتين يوجد العادة غير أن الرأى المعروف هو أنها لا تكون إلا بالمرة الثالثة ...

الشاوى ... رأينا فى "تعليق ٣٠– يكرر قوله بأن الراجح لدى فقهاء الإمامية أن العادة تتكون من التكرار ثلاث مرات لا مرتين، كما سبق أن قاله فى التعليق رقم –٣٦– فيراجع تعليقنا عليه ...

(عوده) يعـــاقب على فعل واحد منها؛ لأنه لا يكون الجريمة، -٣١- أما فى الأفعال المتلاحقة فيعاقب على أى فعل منها لأنه يكون الجريمة دون حاجة لوقوع غيره، فمن انتوى أن يسرق بيتا على عدة مرات ثم دخله فأخذ بعض الأمتعة على أن يعود ليأخذ بعضا آخر، ولكنه لم يعد يعتبر مرتكبا لجريمة السرقة، كما لو عاد وأخذ أمتعة فى مرة أخرى أو أكثر ...

وتختـــلف الأفعـــال المتلاحقة عن الجريمة غير المؤقتة؛ لأن الجريمة المكونة من أفعال مـــتلاحقة تتعدد فيها الأفعال، ولكن كل فعل منها منفصل عن الآخر بينما الجريمة غير المؤقـــتة تـــتكون من فعل واحد أو امتناع يستمر حدوثه وقتا طويلا أو يتجدد حدوثه ذلك الوقت ...

٦٧ *العـلـة فـى اعتـبار الأفعـال المـتلاحقـة جـريمة واحدة* : تُعَدّ الأفعال المتلاحقة مكونـــة لجريمة واحدة على تعددها وانفصالها ؛ لأن قواعد الشريعة الإسلامية لا تسمح بتعدد العقوبة على الجرائم التى من نوع واحد-٣٢- وتكتفى بعقوبة واحدة عليها طبقا

(الصدر) ... تعليق "رقم ٣١ الأفعال المتعددة المكونة لجريمة العادة وإن كان لا يعاقب على واحد منها باللون الخاص من العقاب المقرر لجريمة العادة، لأن الفعل الواحد لا يكون عادة حتى يعاقب عليه بعقاب جريمة العادة، غير أنه من الممكن أن يكون كل فعل من الأفعال التى تتكون منها العادة جريمة لها عقاب خاص كقتل الذمى فإن قتله جريمة قرر لها عقاب معين فى الشرع، والاعتياد على هذه الجريمة جريمة أخرى لها عقاب آخر. ففى مثل ذلك يعاقب المجرم بعقاب العادة كما يعاقب على كل فعل من الأفعال التى تكونت منها العادة بالطريقة المقررة فى الشرع.

(الشاوى) ... رأيـــنا فى "تعليق رقم ٣١-" يكرر قوله إن العقاب على العادة يمكن أن يتكون من تكرار فعـــل معاقب عليه فى ذاته بعقوبة خاصة به (تعزيرية) ويكون هنا تعدد للجرائم ، وذكر مثالا لذلك ما سمـــاه جـــريمة قتل الذمى التى يرى أنه يعاقب عليها بعقوبتها المقررة لها، وإلى جانب ذلك إنه فى حالة الاعـــتياد عـــلى ذلك يعاقب مرتكبها على جريمة العادة بعقاب آخر، ويكون هنا حالة تعدد الجرائم. أشـــرنا إليـــه عـــند مناقشة تعليقه رقم ٢٤ وسوف نعود له فى القسم الخاص حيث لا نرى أساسا للتفرقة بين قتل الذمى وغيره ...

(الصدر) تعليق "رقم ٣٢ " الجرائم التى من نوع واحد قد يعد فى العرف كل واحد منها فعـــلا مســـتقلا يحقـــق الجريمة بذاته، كما إذا سرق اللص من شخص فى كل ليلة دينارا فإن الاســـتيلاء على دينار فى كل ليلة يُعَدّ جريمة لأنه سرقة، فيجب أن يعاقب على سرقة كل =

<عوده> لقاعدة التداخل، وهذا يقتضى من باب أولى حسبان الأفعال المتلاحقة الصادرة تـــنفيذا لغـــرض جـــنائى واحد جريمة واحدة، كما أن وقوع هذه الأفعال تنفيذا لفكرة واحدة، ولغرض جنائى واحد يجعل منها جريمة واحدة

= ديـــنار. وأمـــا إذا كانت الأعمال التى قام بها المجرم متشابكة متلاحقة لدرجة عدت عملا واحـــدا، كما إذا سرق اللص عدة دنانير بأعمال متتابعة فى وقت واحد، فإن ذلك يعد سرقة واحدة عرفا فيعاقب بعقاب واحد. وبكلمة مختصرة : متى ما تكرر فعل الجريمة فى العرف العام تعـــدد العقـــاب، ومتى ما كانت مجموعة أفعال المجرم تُعَدّ عملية واحدة عرفا فالعقاب واحد أيضا.

[الشاوى] رأينا " تعليق رقم -٣٢ " فى التعليق يعيد لنا ما سبق أن قرره بشأن أهمية العرف. وهنا يتعلق الأمر باعتبار تكرار الفعل من نوع واحد. هل يكون جريمة واحدة أم عدة جرائم؟ وكلامه هنا أدق مما فى المتن حيث يعلن فقيهنا القول بأن الشريعة لا تسمح بتعدد العقوبة على الجـــرائم من نوع واحد. وقد سبق أن قلنا إن الأولى أن ينسب الرأى لنفسه أو لمن يؤيده ، لا للشريعة عموما، وذلك فى مناقشتنا للتعليق رقم -٢٩ .

❁ 62 – 67 – الجرائم البسيطة وجرائم الاعتياد والتكرار :

العقاب على الجرائم البسيطة ليس محل خلاف طالما أنه وجد نص على ذلك. وقد استخلص فقيهنا من آراء أسلافنا ما يماثل أقوال الفقهاء المعاصرين، وما يؤكد ما وصلوا إليه من دقة وعناية بأحكام الفروع وتفصيلاتها، وأنهم سبقوا القوانين "الحديثة" إلى ذلك بعدة قرون .

وقد تميزت شريعتنا بإيجاد درجة أقل من الواجب وأعلى من المباح، وهى التى يعرفونها بالأمر "المندوب" الذى يستحسن فعله وإن كان غير واجب، ولذلك فإن الأصل أنه لاعقاب على تركه، لكنهم رأوا أن تكرار ترك هذه المندوبات يمكن أن يجيز تعزير الشخص الذى تكرر منه ذلك .

كذلك يوجد فى شريعتنا درجة تتوسط بين المحرم والمباح وهى "المكروه" الذى ليس محرما، لكن يحسن الامتناع عنه، ويرون أنه لاعقاب فى الأصل على إتيان فعل مكروه ولكن إذا تكرر أجازوا تعزيره على ذلك ..

وهذا أحد الأقوال فى فقهنا، ولكنه يبين مدى الدقة فى التمييز بين الواجب والمندوب وبين المحرم والمكروه التى لم يصل إليها الفقه العصرى ولا القوانين"الحديثة" حتى الآن ... ولا نعرف إذا كانوا سوف يصلون إليه فى يوم من الأيام .

والنتائج المترتبة على التمييز بين الجرائم البسيطة (التى تقع بفعل يرتكب مرة واحدة كالضرب أو القتل)، وبين جرائم العادة أو التكرار، تشمل قواعد بدء التقادم والاختصاص المحلى على التفصيل الذى أفاض فيه؛ مع إشارته إلى أن ماوصلت إليه القوانين "العصرية" قد سبق له فقهنا قبلها بقرون عديدة .

وقد عنى بالتمييز بين الجريمة المكونة من عدة أفعال من نوع واحد – كالضرب بالعصا عدة مرات – وبين جرائم التكرار أو الاعتياد، لأن النوع الأول يكون كل فعل وحده جريمة إذا توقف الجانى بعده ولم يلحقه بمثله أو مثيل له لأن التكرار ليس شرطا للعقاب. أما جرائم العادة فإن كل فعل لايعاقب عليه إذا وقع مرة واحدة؛ لأن التكرار شرط لوجود العادة التى هى عنصر ضرورى لوجود الجريمة، إذ يشترط التكرار والتعود ليكون التعدد هو الجريمة المعاقب عليها .

وسبب توقيع عقوبة واحدة على عدة أفعال من نوع واحد فى وقت واحد لايرجع لنوع الجريمة، بل لقاعدة عدم جواز تعدد العقوبات التى سنعود إليها فى كتاب "العقوبة".

المبحث الثالث
تقسيم الجرائم بحسب كيفية ارتكابها
جرائم مؤقتة وجرائم غير مؤقتة

(عوده) ٦٨ *سكوت الفقهاء عن هذين النوعين من الجرائم*: لم يذكر الفقهاء شيئا عن تقسيم الجرائم إلى جرائم مؤقتة وجرائم غير مؤقتة،-٣٣- وعلة ذلك كما يبدو لنا أن الفقهاء يهتمون فقط بجرائم الحدود وجرائم القصاص والدية لأنها جرائم ثابتة لا تتغير الفعال المكونة لها، ولا تتغير العقوبات المقررة عليها، وهذه الجرائم كلها مؤقتة وليس فيها جريمة واحدة غير مؤقتة، فلم يكن هناك إذن ما يدعو للتفرقة بين الجريمة المؤقتة والجريمة غير المؤقتة

أما جرائم التعازير فبعضها مؤقت وبعضها غير مؤقت، ولكن الفقهاء جروا على إهمال بحث أحكام هذه الجرائم؛ لأن للسلطة التشريعية سلطانا كبيرا فيها من حيث تحديد الأفعال المكونة لمعظمها، وتعيين العقوبة الواجبة عليها. وآراء السلطات التشريعية فى جرائم التعازير تختلف باختلاف البلدان والعادات، فما قد تبيحه سلطة تشريعية فى بلد ما قد تحرمه سلطة أخرى فى بلد آخر-٣٤-. وما قد تعاقب عليه

(الصدر) .. تعليق "رقم-٣٣-" وإنما لم يذكر الفقهاء هذا التقسيم نظرا إلى عدم ترتب أثر مهم عليه "كما سيأتى"، وقد اكتفوا لأجل ذلك بإيضاح أحكام المصاديق التى تندرج فى الجريمة المؤقتة وغير المؤقتة ...

(الصدر) .. تعليق "رقم ٣٤-" تنقسم الأفعال التى تسمح الشريعة بالتعزير عليها إلى أنحاء ثلاثة:

الأول: كل فعل محرم فى نصوص الشريعة، وقد أمرت الشريعة بالتعزير عليه كالاضطجاع مع الأجنبية "مثلا" ولا تملك السلطة الحاكمة إزاء هذه الأفعال إلا صلاحية تحديد العقوبة وليس من حقها أن تبيح الفعل أو تلغى العقوبة عنه، فالاختلاف بين السلطات لا يوجد فى هذا النحو إلا بالنسبة إلى كمية العقاب التى تقررها كل سلطة حسب اجتهادها ...

الثانى : كل فعل حرمه الشارع ولم يفرض عليه عقابا، وإنما أسند إلى السلطة الحاكمة الاجتهاد فى ذلك، فللسلطة هنا أن تبت فى أصل وضع العقاب وفى كميته، وقد تختلف السلطات حينئذ فى وضع العقاب وعدمه ...

الثالث : كل فعل لم يحرم فى أصل الشرع، وإنما أعطت الشريعة لولى الأمر القدرة على المنع عنه تبعا للمصالح العامة، فإذا منع عنه ولى الأمر أصبح محرما بهذا الاعتبار وكان للسلطة فرض=

(عوده) سلطة تشريعية من وجه قد تعاقب عليه سلطة أخرى من وجه آخر. ولهذا كله لم يهتم الفقهاء ببحث التعازير بحثا مفصلا كما اهتموا بجرائم الحدود واكتفوا ببحث بعض الأحكام المهمة الثابتة التى لا تتغير بتغير البلاد والسلطات

أما الآن وقد أصبحنا نحرص على بيان أحكام الجرائم عامة سواء كانت تعازير أو غير تعازير، فليس ثمة ما يمنع من التعرض لبحث الجرائم المؤقتة وغير المؤقتة

= العقاب عليه بالنحو الذى تراه. وفى هذا القسم تختلف السلطات فى إباحة الفعل وتحريمه وفقا لظروفها، كما قد تختلف فى وضع العقاب عليه أو كميته ...

(الشاوى) ... رأينا فى "تعليق رقم ٣٤-" استطرد التعليق الشيعى فى تفرقة دقيقة بين ثلاثة أنواع من الأفعال التى تستحق التعزير :

أولها : أفعال محرمة بنص شرعى يوجب التعزير عليه، وترك للاجتهاد (أى القضاء) مجرد تقدير العقوبة ...

وثانيهما : أفعال محرمة (بنص تكليفى) لكن لم يفرض عليه التعزير وترك "للسلطة الحاكمة" الاجتهاد فى ذلك، فلها أن تقرر العقاب أو عدمه، وأن تقرر مقدار العقوبة فى حالة تقرير العقاب. وكلمة السلطة الحاكمة مثل كلمة ولى الأمر يقصد بها المجتهدون أو أهل الاجتهاد

وثالثهما : أفعال لم تحرم فى أصل الشرع وإنما أعطت الشريعة لأولياء الأمر القدرة على النهى عنه تبعا للمصلحة العامة، وفى هذا القسم الأخير وحده تختلف (السلطات) فى إباحة الفعل أو العقاب وفقا لظروف الزمان والمكان

ونحن لا نرى مسوّغا للتفرقة بين النوع الأول والثانى، ونرى أنه ما دام هناك مخالفة لأمر تكليفى أو نص شرعى فلا بد أن يجازى من يخالفه، كل ما هنالك أن المجتهدين يمكن أن يختلفوا فيما يُعَدّ مخالفا لهذا النص أو التكليف أولا

كذلك الحال فى النوع الثالث، فإذا كان الاجتهاد هو الذى يحدد ما هو الفعل الضار بالمصلحة العامة، فإنه يجوز لهم الاختلاف فى ذلك، ولكنه خلاف فى وصف الفعل بأنه ضار بالمصلحة العامة أم لا واختلاف فى تقديرهم المصلحة العامة ونطاقها بحسب ظروف الزمان والمكان

واعتراضنا على فقيهنا والمعلق الشيعى معا هو فى استخدام كلمة "السلطة الحاكمة" وكلمة "ولى الأمر" دون إشارة إلى أنه يقصد بهما أهل الاجتهاد فقط، وأن فى الاجتهاد مجالا واسعا لتعدد المذاهب وتطورها حسب الظروف الزمانية والمكانية، لكن آراءهم كلها تدخل فى نطاق التشريع الإلهى ما دامت تلتزم بمصادره وأصوله

عوده ٦٩ *جرائم التعازير مؤقتة وغير مؤقتة* : والظاهر من تتبع جرائم التعازير أنها تنقسم بحسب الوقت الذى يستغرقه وقوعها إلى جرائم مؤقتة وجرائم غير مؤقتة:

فالجرائم المؤقتة هى التى تتكون من فعل أو امتناع يحدث فى وقت محدود ولا يستغرق وقوعها أكثر من الوقت اللازم لوقوع الفعل أو قيام حالة الامتناع، مثل جريمة السرقة فإنها تتم بمجرد وقوع الفعل أى أخذ الشيء خفية، ومثل جريمة الشرب فإنها تتم بمجرد الشرب، ومثل جريمة كتمان الشهادة فإنها تتم بمجرد الامتناع عن أداء الشهادة ...

والجرائم غير المؤقتة هى التى تتكون من فعل أو امتناع قابل للتجدد أو الاستمرار فيستغرق وقوعها كل الوقت الذى تتجدد فيه الجريمة أو تستمر، ولا تعد الجريمة منتهية إلا بانتهاء حالة التجدد أو الاستمرار ...

ومثال ذلك حبس شخص دون حق، والامتناع عن إخراج الزكاة، والامتناع عن تسليم طفل إلى حاضنه، والامتناع عن أداء الدين مع القدرة عليه ...

٧٠ *مقياس التمييز بين الجريمة المؤقتة وغير المؤقتة* : ونصوص التشريع هى وحدها التى تبين إن كانت الجريمة مؤقتة أو غير مؤقتة ؛ لأن هذه النصوص تعرف الجريمة وتبين ركنها المادى فتميزها بذلك عن غيرها. فإن كان الفعل أو الامتناع يقع وينتهى بمجرد ارتكاب الفعل أو قيام حالة الامتناع فالجريمة مؤقتة، وإن كان الفعل أو الامتناع يكون حالة مستمرة الحدوث أو التجدد فالجريمة غير مؤقتة...

وينبغى فى هذا المقام أن نميز بين استمرار الجريمة واستمرار نتيجتها، فالسرقة تتم بأخذ الشيء خفية فهى جريمة مؤقتة، وبقاء المسروقات بعد ذلك تحت يد السارق ليس استمرارا للسرقة، وإنما هو استمرار لنتيجتها. وجريمة الشرب تتم بتناول الخمر فهى جريمة مؤقتة، فإذا سكر الشارب فإن سكره لا يُعَدّ استمرارا للجريمة وإنما هو استمرار لنتيجتها، إذ السكر نتيجة الشرب. والضرب والجرح جريمة مؤقتة تتم بمجرد وقوع الضرب وحدوث الجرح، فإذا بقى المجنى عليه تحت العلاج مدة ما فذلك ليس استمرارا للجريمة وإنما هو أثر من آثار الجريمة ونتيجة لها...

٧١ *تقسيم الجرائم غير المؤقتة* : تنقسم الجرائم غير المؤقتة إلى جرائم متجددة وجرائم مستمرة[1]...

---

(١) فضلنا أن نقسم الجرائم إلى مؤقتة وغير مؤقتة والأخيرة إلى متجددة ومستمرة، وهذا مخالف لما جرى عليه الشراح من تقسيم الجرائم إلى مؤقتة ومستمرة، وتقسيم المستمرة إلى جرائم مستمرة استمرارا متجددا، وجرائم مستمرة استمرارا تاما، وقد دعانا إلى مخالفة الشراح أن الألفاظ التى استعملناها أكثر دقة وانطباقا على المعانى المقصودة ...

عوده فالجـــريمة المتجددة : هى التى يتوقف فيها استمرار الجريمة على تدخل إرادة الجـــانى تدخلا متكررا مقصودا، كالامتناع عن أداء الزكاة، أو عن تسليم المحضون لحاضـــنه وكإحراز سلاح دون رخصة، ففى هذه الحالات يأتى الجانى الفعل أو يمتنع عـــنه، وتبقى جريمته قائمة ما بقى محرزا للسلاح أو ممتنعا عن أداء الزكاة أو تسليم الطفل، ولكن بقاء الجريمة يتوقف على إرادة الجانى الذى يرى أن يبقى محرزا للسلاح دون ترخيص، أو ممتنعا عن الزكاة أو تسليم الطفل لحاضنه...

والجرائم المستمرة هى التى لا يتوقف استمرار الجريمة فيها على تدخل إرادة الجانى بـــل يســـتمر الفعـــل المكون للجريمة دون حاجة لتدخل إرادة الجانى، كحفر بئر فى الطريق وإقامة بناء فى ملك الغير، أو خارجا عن خط التنظيم ...

٧٢ *أهمية تقسيم الجرائم إلى مؤقتة وغير مؤقتة* : لهذا التقسيم أهمية من عدة وجوه نبسطها فيما يلى :

(أ) مـــن حيث الاختصاص:-٣٥- فالمحكمة المختصة بمحاكمة الجانى على الجريمة المؤقتة هى المحكمة التى وقع فى دائرتها الفعل المكون للجريمة ؛ لأن القضاء يتخصص بالـــزمان والمكان. أما المحكمة المختصة بمحاكمة الجانى على الجريمة غير المؤقتة . فهى كل محكمة وقع فى دائرتها الفعل المتجدد أو المستمر، ولما كان من الممكن أن يقع هذا الفعل فى أمكنة متعددة فمعنى ذلك أن المحاكم المختصة بنظر الجريمة غير المؤقتة يصح أن تكون أكثر من محكمة واحدة ...

(ب) من حيث التقادم:-٣٦- ففى الجريمة المؤقتة تحسب المدة المسقطة للدعوى العموميـــة مـــن وقت ارتكاب الجريمة، وفى الجريمة غير المؤقتة تحسب المدة من انتهاء حالة التجدد أو الاستمرار...

الصدر ... تعليق "رقم ٣٥-" ليس من الضرورى كما ألمحنا سابقا أن تختص صلاحيات المحكمة بالجريمة التى وقعت فى دائرتها بل تحدد صلاحيات الحاكم وفقا للمدى الذى سمح ولى الأمر له بممارسته فلا أهمية للتقسيم من هذه الناحية ...

الشاوى ... رأينا فى " تعليق ٣٥- " أبديناه عند مناقشة تعليقة رقم ٢٨- على بند ٦٣- ...

الصدر ... تعليق "رقم ٣٦-" إنما تظهر أهمية هذا التقسيم من هذه الناحية إذا أخذنا بالمبدإ القائل بسقوط الدعوى بالتقادم، وسنعرض لرأى الفقه الجعفرى فى ذلك حين يبحثه المؤلف

الشاوى ... رأينا فى "تعليق ٣٦-" أبديناه عند مناقشة تعليقة رقم ٢٧- على بند ٦٣- ...

عوده (ج) مـــن حيث تطبيق التشريعات الجديدة: لا تسرى التشريعات الجديدة على مـــا يقع قبلها من الجرائم المؤقتة، ولكنها تسرى على الجرائم غير المؤقتة التى بدأت قبل صـــدور التشريعات الجديدة إذا ظلت حالة التجدد أو الاستمرار قائمة إلى ما بعد العمل بهذه التشريعات ...

(د) مـــن حيـــث قوة الشيء المقضى به : يُعَدّ الحكم فى الجريمة المؤقتة صادرا عن الواقعة التى عرضت على المحكمة، فإذا كانت هناك وقائع أخرى سابقة لم تعرض على المحكمة فلا يُعَدّ الحكم شاملا لها، ولو كانت من نوع الواقعة التى صدر عنها الحكم، وكذلك الحال فى الوقائع التى حدثت بعد صدور الحكم ...

وإذا كانت الوقائع السابقة واللاحقة من نوع الواقعة المحكوم فيها جاز رفع الدعوى من جديد عن الوقائع اللاحقة، وامتنع رفعها عن الوقائع السابقة، والعلة فى هذه التفرقة أن قواعـــد الـــتداخل تنطـــبق على الوقائع السابقة، وطبقا لهذه القواعد لا يجوز رفع الدعوى عن وقائع سابقة إذا كانت مماثلة للواقعة التى حكم فيها؛ لأن العقوبة شرعت للتأديب والزجر، ووضعت على أنها تكفى لتحقيق هذين المعنيين، فلا حاجة إذن لتعدد العقوبات إلا إذا وقعت وقائع جديدة بعد توقيع العقوبة [1] -٣٧- ...

أمـــا فى الجـــرائم غير المؤقتة فيُعَدّ الحكم شاملا لجميع الوقائع السابقة على رفع الدعوى ولو لم تعرض بعض هذه الوقائع على المحكمة؛ لأن كل الوقائع تكون جريمة واحـــدة، ومـــن ثم لا يجـــوز رفع الدعوى من جديد عن الوقائع التى لم تعرض على المحكمة ما دامت سابقة على صدور الحكم، أما الوقائع اللاحقة لصدور الحكم، فهذه يجوز رفع الدعوى من جديد عنها إذا كانت الجريمة من الجرائم المتجددة،-٣٨- ولا يجوز رفع الدعوى عنها إذا كانت من الجرائم المستمرة ...

الصدر ... تعـــليق "رقم -٣٧-" يقصد المؤلف بهذه الوقائع الأحداث التى تتكون منها الجريمة غـــير المؤقتة، وأما ما سبق هذه الأحداث من جرائم غير مؤقتة من النوع نفسه فلا يمكن رفع الدعوى عنها لأجل قاعدة التداخل ...

الشاوى رأينا "تعليق رقم -٣٧-" التفرقة التى أشار إليها بديهية لا اعتراض عليها ...

الصدر تعليق "رقم -٣٨-" لأن استمرار الجريمة غير متوقف على إرادة الجانى ...

---

(١) راجع الفقرة رقم (٥١)

<عوده> ٧٣ـ *بين الشريعة والقوانين الوضعية* : تتفق الشريعة مع القوانين الوضعية فـيما ذكرناه عن تقسيم الجرائم إلى مؤقتة وغير مؤقتة، كما تتفق معها فيما يترتب عـلى التقسيم. ولكن النظرية السائدة فى القوانين الوضعية تقضى بأنه يمكن العقاب على الوقائع السابقة على الواقعة التى صدر الحكم فيها إذا كانت الجريمة مؤقتة؛ لأن الحكـم ليس حجة إلا فيما يختص بالواقعة المحكوم فيها، وعلة الاختلاف أن الشريعة تـأخذ بنظرية التداخل، وهى نظرية لم تعرفها القوانين الوضعية بعد، وإن كان بعض الشراح قد عرفوها ونادوا بها، كما سيتبين لنا عند الكلام على هذه النظرية-٣٩-.

[المصدر] ... تعليق "رقم ٣٩-" وسنذكر رأى الفقه الجعفرى حينئذ ...

❀ 68 – 73– الجرائم التى تتكون من فعل مؤقت أو متجدد أوحالة مستمرة :

النصوص وحدها هى التى تبين ما إذا كانت الجريمة مؤقتة أو مستمرة أو متجددة، وهذا يؤكد ما نطالب به من ضرورة تدخل الفقه لتقنين التعازير بنصوص سابقة على وقوع الجريمة .

لكن عَدّ الجريمة مستمرة أم لا .. لايمكن الرجوع فيه إلى "النص التشريعى" وحده، بل إن مصدره هو طبيعة العمل المعاقب عليه. فهناك أعمال مستمرة بطبيعتها وأعمال متجددة، وأعمال فورية ومؤقتة. لكن النصوص هى التى تبين الفعل المعاقب عليه.

أهمية التفرقة بين الجرائم الوقتية وغيرها: أشرنا إلى مايماثلها عند كلامنا عن نتائج التفرقة بين الجرائم البسيطة وجرائم الاعتياد، من حيث بدء سريان التقادم ومن حيث الاختصاص المحلى أو المكانى، وكذلك من حيث قوة الشىء المقضى به على التفصيل الذى نراه عند دراسة "التداخل" .

وإشارته إلى أن "الشريعة" تأخذ بما يسميه "نظرية التداخل" تحتاج إلى بيان المذهب أو الفقيه الذى يشير إليه[1]، لأن هذا أمر اجتهادى لانعتقد أن نصوص الشريعة "بمعناها الضيق" تفصل فيه .

ونحن نفضل أن ينسب كل رأى اجتهادى إلى الفقه عموما أو إلى مذهب أو إمام معين، بدلا من نسبته إلى الشريعة فى مجموعها .

وكلمة "السلطة التشريعية" لايجوز أن يفهم منها أنه يقصد بها سلطة التشريع الوضعى، بل يجب أن تكون هى الجهة التى تتولى الاجتهاد فى نطاق أحكام الشريعة وأصولها، ولذلك فإننا نفضل الإشارة إليها باسم هيئة "التقنين" حتى لاتدعى لنفسها "سلطة التشريع" لأن اختصاصها فى نظرنا محدود فى نطاق الرأى الاجتهادى الذى لايلزم إلا من يلتزم به، وقرار الالتزام من اختصاص الجماعة أو الشعب الذى يقر هذا التقنين الفقهى ويجمع على الالتزام به .

---

[1] يرى الدكتور العوا أن المذهب الشافعى يأخذ بنظرية التداخل فى الأفعال الإجرامية وبنظرية الجب فى العقوبات.

الفصل الخامس
المبحث الأول
في تقسيم الجرائم بحسب طبيعتها الخاصة
جرائم ضد الجماعة ... وجرائم ضد الأفراد

عوده ٧٤ـ *تنقسم الجرائم بحسب طبيعتها الخاصة* إلى جرائم ضد الجماعة وجرائم ضد الأفراد ...

الجرائم التي تقع ضد الجماعة : هي التي شرعت عقوبتها لحفظ صالح الجماعة، سواء وقعت الجريمة على الفرد، أو على جماعة، أو على أمن الجماعة ونظامها. ويقول الفقهاء: "إن عقوبة هذا النوع من الجرائم شرعت حقا لله ﷻ". [1] ومعنى هذا الاصطلاح أنها شرعت لحماية الجماعة، ولكنهم يجعلون العقوبة حقا لله، إشارة إلى عدم جواز العفو عنها أو تخفيفها، أو إيقاف تنفيذها-٤٠- ...

الصدر ... تعليق"رقم -٤٠-" بلا خلاف في ذلك بين فقهاء المذهب الجعفري ما لم يتب المجرم أو ينكر الجريمة بعد ثبوتها بالإقرار. أما مع توبة المجرم قبل ثبوت الجريمة فالمعروف بينهم هو سقوط الحد عنه. أما إذا تاب بعد ثبوت الجريمة بالبينة فلا يسقط عنه الحد، وأما بعد ثبوت الجريمة بالإقرار فالرأي السائد بينهم أنها تؤثر تخيير الحاكم الشرعي ما بين العفو وإقامة الحد. والدليل على الفرق ما بين أقسام التوبة مذكور في كتبهم الفقهية، وهو الموافق للذوق السليم فإن التوبة المسقطة للحد هي الكاشفة عن ندم المجرم، ولا ريب في أن التوبة قبل ثبوت الجريمة كاشفة عن ذلك دون ما إذا كان بعد الثبوت بالبينة فإنها تكون غالبا للفرار من العقاب ولو أوجبت سقوط الحد لما أمكن إقامة أي حد من الحدود ...

وأما التوبة بعد الثبوت بالإقرار، فإنها حد متوسط بين التوبتين؛ لأن وقوعها بعد الثبوت يضعف ظهورها في الندم وإن كان سبقها بالإقرار يُقوي ذلك الظهور، فلذا كان تأثيرها هو تخير الحاكم الشرعي ...

وتمتاز العقوبة المسماة بكونها حقّا لله وقد جعلت لعقاب من يجرم ضد الجماعة في نظر فقهاء المذهب الجعفري بأمور :

(١) عدم توقف الحكم بها على طلب أحد ...

---

(١) بدائع الصنائع الجزء السابع ص : (٣٣)، فتح القدير الجزء الرابع ص : (١٢) ...

عوده﴿ والجرائم التي تقع ضد الأفراد : هى التي شرعت عقوبتها لحفظ مصالح الأفراد، ولو أن ما يمس مصلحة الأفراد هو في الوقت ذاته ماس بمصالح الجماعة ...

وتعـد جرائم الحدود من الجرائم الماسة بمصلحة الجماعة، ولو أنها في الغالب تقع

= (٢) عدم جواز الحكم بها على غائب ...

(٣) التشديد في شرائط البينة التي تقوم على إثباتها، وأدلة الأمور المذكورة ذكرها الفقهاء في مؤلفـاتهم الفقهية وهو الموافق للمصلحة حسبما يقتضيه المنطق السليم، فإن من البديهي أن العقوبة المذكورة ليست لمصلحة فرد خاص ليتوقف العقاب بها على طلبه وأن تأخيرها المسبب عـن اشتراط حضور المجرم والتشديد في شرائط البينة لا يكون سببا لضرر أحد وتفويتا لحقه وإنما يؤثر التأخير للتأمين من إنزال العقوبة بالبرىء ...

وتمتاز العقوبة المذكورة أيضا في نظر بعض فقهاء المذهب الجعفري بأن للحاكم الشرعي أن يحكـم فيهـا بعلمه دون سواها، ولكن الرأي السائد بينهم وهو الأرجح بحسب البرهان هو جواز حكمه بعلمه في كلتا العقوبتين ...

الشاوى ... رأينا فى تعليق "رقم –٤٠–" في تعليقه يشير السيد الصدر إلى أهمية التوبة وأثرها في الفقـه الجعفـري على العقوبات التي لا يتعلق بها حق فردي "عقوبات الحدود عدا القصاص والدية ..."

وهـو يفـرق بـين حالة التوبة قبل ثبوت الجريمة (بالإقرار أو بالبينة) وحالة التوبة بعد الإقـرار، "والـتوبة بعد البينة التي توجب الحد"، ويتراوح الأثر في نظره بين سقوط الحد "في الحالة الأولى" وبين تخيير القاضي بين العفو "عن الحد" وبين إقامة الحد في غيرها ...

ونحـن نـرى أن الـتوبة هى شبهة توجب سقوط الحد في جميع الأحوال تطبيقا لمبدإ دفع الحـدود بالشـبهات، لكن يبقى التعزير بحسبانه الجزاء الأصلي في جميع الجرائم، وهنا يكون للقاضي تقدير أثر التوبة حسبما يراه من ظروف التوبة وسببها ...

وقوله إن الحدود لا يجوز الحكم بها على غائب يدل على أهمية حق الدفاع، فلا يجوز فرض الحد على من لم يسمع دفاعه في الاتهام الموجه له في محاكمة قضائية عادلة، وسنرى أهمية ذلك في رأينا بالنسبة لأثر حالة "الإهدار" ...

إشـارته إلى أن الحدود تتميز بما يسميه التشديد في شرائط البينة التي تقوم على إثباتها يؤكد قولـنا بمفهوم المخالفة إن التعازير لا يوجد تشديد في أدلة إثباتها، وقد قلنا إنها تخضع لمبدإ الأدلة الإقـناعية، أما الأدلة القانونية فخاصة بالحدود بمعناها العام؛ لأن الشارع يريد تضييق نطاقها ... ونلاحظ أنه حرص على الكلام عن "العقوبات الحدية"، وهذا أدق مما جرى عليه فقيهنا بالإشارة إلى "الجرائم الحدية"، وقد سبق أن قلنا إنه يجب التمييز بين أقسام العقوبات وأقسام الجرائم ...

عوده على أفراد معينين وتمس مصالحهم مساسا شديدا كالسرقة والقذف، وليس في اعتبارها ماسة للجماعة إنكار لمساسها بالأفراد، وإنما هو تغليب لمصلحة الجماعة على مصلحة الأفراد بحيث لو عفا الفرد لم يكن لعفوه أثر على الجريمة أو العقوبة ..

وجرائم القصاص والدية من الجرائم التي تقع على الأفراد، وليس معنى ذلك أنها لا تمس الجماعة وإنما معناه تغليب حق الفرد على حق الجماعة، فللفرد أن يتنازل عن القصاص والدية، وهما العقوبتان المقررتان أصلا للجريمة. وقد أعطي له حق التنازل؛ لأن الجريمة تمسه مساسا مباشرا-٤١- فإذا تنازل عن العقوبة-٤٢- لم يترك الجاني وإنما يعاقب بعقوبة تعزيرية حفظا لمصلحة الجماعة التي مُست مساسا غير مباشر-٤٣- ...

وجرائم التعازير بعضها يمس مصلحة الجماعة، وبعضها يمس مصلحة الأفراد والجماعة على المعنى الذي شرحناه سابقا ...

والواقع أن كل جريمة تمس مصلحة الجماعة تمس في النهاية مصلحة الأفراد، وكل جريمة تمس مصلحة الأفراد تمس في النهاية مصلحة الجماعة، ولو كان محل "الجريمة" حقا خالصا للفرد، وفي هذا يقول أحد "الفقهاء" : "ما من حق لآدمي إلا ولله فيه حق، إذ من حق الله على كل مكلف ترك أذاه لغيره[1] " . فإذا عَدّت الشريعة بعض الجرائم ماسة بمصلحة الجماعة؛ فذلك لأنها تمس مصلحة الجماعة أكثر مما تمس مصلحة الفرد، وإذا عَدّت بعض الجرائم ماسة بمصلحة الأفراد فذلك لأنها تمس مصلحة الأفراد أكثر مما تمس مصلحة الجماعة ...

الصدر ... تعليق "رقم -٤١-" بلا خلاف في ذلك بين فقهاء المذهب الجعفري إلا في فرض أن تكون الجريمة هى القذف الصادر من الزوج في حق زوجته، فقد ذهب بعضهم إلى أنه ليس للزوجة حق التنازل ...

الشاوى ... رأينا "تعليق -٤١-" يشير السيد الصدر إلى أن بعض فقهائهم يرى أنه في حالة قذف الزوج لزوجته ليس للزوجة حق التنازل عن عقوبة الحد، سببه أن ذلك له أثره في ثبوت النسب، وهو مصلحة عامة لا خاصة ...

الصدر ... تعليق "... رقم -٤٢-" من له حق التنازل ...

الصدر ... تعليق " ... رقم -٤٣-" إذا رأى الحاكم المصلحة في ذلك ...

الشاوى ... رأينا فى " تعليقى -٤٢- و -٤٣-" يشير إلى أن التعزير يكون جائزا للقاضي في حالة تنازل المجني عليه أو عفوه عن القصاص أو الدية، أي أنه ليس واجبا، لكنا نرى أن التعزير مجاله يتسع للتدابير الوقائية في جميع الأحوال، وهى لا تُعَدّ عقوبة جنائية. والحاكم المشار إليه هنا هو القاضي أو المجتهد فله إذا رأى ذلك الاكتفاء بتعزير وقائي فقط ...

(١) الجزء الثانى من شرح الزرقانى على مختصر خليل ص / ١١٥ ...

۞ 74- لاداعي للقول بوجود ما يسميه جرائم ضد الأفراد – ويمكن القول بأن فرض عقوبة معينة تقرر لمصلحة المجنى عليه :

لنا وقفة مع القول الشائع بتمييز الجرائم ضد الجماعة عما يَعُدّه البعض جرائم ضد الأفراد، لأنه من المؤكد حسب قول فقيهنا أن "ما يمس مصلحة الأفراد هو ماس بمصالح الجماعة – وأن كل جريمة تمس مصلحة المجتمع تمس فى النهاية مصلحة الأفراد". – ونحن نضيف أن علة فرض الجزاء الجنائى هى أن الفعل الإجرامى الذى يقع على الفرد إنما يضر بالجماعة ويهدد أمنها فى جميع الحالات .

إنه يشير إلى أنه فى جرائم الاعتداء على حياة الإنسان أو سلامة جسم الفرد، يعطى المشرع للمجنى عليه فيها حق طلب القصاص وحق التنازل عنه (الذى يسميه حق العفو عن عقوبة القصاص) ليصبح الجزاء تعزيرا بحسب الأصل .

ومع ذلك، فإننا لا نوافق على ما قاله فى نهاية البند من أنه "إذا عدّت بعض الجرائم ماسة بمصلحة الفرد، فذلك لأنها تمس مصلحة الأفراد أكثر مما تمس مصلحة الجماعة". ونفضل القول إنها تمس مباشرة حقا لفرد معين إلى جانب إخلالها بأمن الجماعة ومصلحتها، ولاداعى لأن ننسب إلى شريعتنا أنها أعطت حق الفرد أهمية أكبر من حقوق الجماعة .

والواقع أن حق المجنى عليه أو ولى الدم إنما يتعلق فقط بنوع العقوبة – فوجوب القصاص هو الذى يكون للمجنى عليه فيه حق خاص لأنه يشفى الرغبة فى الثأر أو الانتقام من الجانى؛ أما الجزاء العادى وهو التعزير فهو حق المجتمع – لايجوز للفرد أن يتنازل عنه ولا أن يعطله .

إن القصاص والدية هما الحد الأقصى للعقوبة فيما يمس سلامة الجسم وحياة الإنسان – ولكن لايجب تطبيقه إلا فى حالة إصرار المجنى عليه أو ولى الدم على ذلك، ومعنى ذلك أن لولى الدم حق العفو عن تلك العقوبة القصوى وهى القصاص.

صحيح أن العفو عن عقوبة القصاص جائز من المجنى عليه ... ويكتفى بالدية ... بل له أن يعفو عن الدية أيضا ويكتفى بعقوبة تعزيرية فى هذه الحالة .

يجب ألا ننسى ما قرره الفقه من أنه إذا لزم الأمر ولم يكن للقاصر ولى، فإن لولى الأمر أن يعفو بصفته وليّا لمن لا ولى له، ونحن نرى أن "ولى الأمر" هنا هو القاضى أو المجتهد لا رئيس الدولة أو السلطان، فيكون للقاضى الحق فى الاكتفاء بالتعزير فى هذه الحالة .

ثم إنه فى حالة تعذر القصاص لسبب من الأسباب يرجع للأصل وهو التعزير، ومعنى ذلك أن جرائم القصاص (مثل الحدود) يكون الحد الأدنى للعقوبة فيها هو الحد

❁ للقاضي سلطة تقديرية فى الشبهات التى تسقط الحدود :

الأدنى فى التعزير عندما يتنازل المجنى عليه أو وليه .. ولذلك لا نوافق على القول بأن الجريمة المعاقب عليها بالقصاص عقوبتها ذات حد واحد أو أنها مقررة لصالح ولى الدم، فالمقرر لصالح ولى الدم أو المجنى عليه هو وجوب القصاص بعَدّه العقوبة القصوى، ولكن مصلحة المجتمع هى التى أدت إلى عَدّ الفعل جريمة توقع عليها عقوبة تعزيرية كما هو الأصل فى جميع الجرائم فى نظرنا .

إن ما ذهب إليه من أن هذه الجرائم (جرائم القصاص) إنما شُرعت لحفظ مصالح الأفراد لانوافق عليه كذلك لأن الأصح هو أن عقوبة القصاص فى هذه الجرائم دون غيرها هدفها أنها تحمى الحقوق الإنسانية الأساسية التى يعتز المجتمع بحمايتها لأن أفراده لهم حق أساسى فى سلامة أبدانهم وحرمة دمائهم وكل مساس بها قد يدفعهم للأخذ بالثأر مما يهدد أمن الجماعة واستقرارها.

أما القول بأنها مثل الحدود ليس للظروف المخففة أثر فيها وأن هذا يميزها عن التعازير أو أنه ليس للقاضى فيها سلطة تقديرية بخلاف التعازير التى يكون للقاضى فيها سلطة واسعة فى اختيار نوع العقوبة ومقدارها – فقد قلنا إن للقاضى سلطة تقديرية واسعة فى تقدير الشبهات فى الحدود وإن له أن يرتب عليها استبعاد الظروف المشددة والعقوبات الحدية .... كما أنه فى حالة عفو المجنى عليه أو ولى الأمر – فى جرائم القصاص – تعود للقاضى سلطته الكاملة فى تقدير العقوبة التعزيرية .

إننا قلنا إن توافر عدد معين من الشهود إذا كان شرطا من شروط الإثبات فى بعض الجرائم الخطيرة فإنه لازم لإثبات الظرف المشدد الذى يوجب التشديد وخاصة ظرف الجهر بالفاحشة فى جرائم العرض بعَدّه عنصر استفزاز لجمهور الناس لاللمجنى عليه وحده. فالعلانية والجهر بالفاحشة يجب عَدّها ظرفا مشددا يسوّغ توقيع عقوبات الحد الأقصى وهو العقوبة الحدية المقررة لتلك الجرائم التى نَعُدّها كبائر ....

ونرى قياسا على ذلك أن اشتراط وجود اثنين من الشهود إلى جانب أقوال المجنى عليه فى بعض الجرائم إنما يُقصد به إثبات وجود الظرف المشدد الذى يجب بيانه فى كل جريمة على حدة لا إثبات الفعل المكون للجريمة فقط .

بناء على هذا النظر يمكن القول بأنه إذا لم يتوافر هذا العدد من الشهود، وكان الفعل ثابتا بشاهد واحد أو بأدلة أخرى مقنعة، فإن للقاضى أن يحكم بعقوبة تعزيرية لا تصل إلى حد القصاص .

المبحث الثاني
في تقسيم الجرائم بحسب طبيعتها الخاصة
جرائم عادية وجرائم سياسية ... أي بغي

(عوده) ٧٥ـ *التفرقة بين الجرائم العادية والجرائم السياسية*:-٤٤- فرقت الشريعة من يوم وجودها بين الجرائم العادية وجرائم البغي أي الجرائم السياسية، ولكن الشريعة راعت في هذه التفرقة مصلحة الجماعة وأمنها، والمحافظة على نظامها وكيانها، فلم تَعُدْ كل جريمة ارتكبت لغرض سياسي جريمة سياسية، وإن كانت قد عَدَّت بعض الجرائم العادية التي ترتكب في ظروف سياسية معينة جرائم سياسية ...

ولا تختلف الجريمة السياسية عن الجريمة العادية في طبيعتها، فكلاهما تتفق مع الأخرى في المحل والنوع والوسائل، وإنما يختلفان في البواعث التي تبعث عليهما. فالجريمة السياسية ترتكب لتحقيق أغراض سياسية، أو تدفع إليها بواعث سياسية، أما الجرائم العادية فالأصل فيها أن تكون بواعثها عادية، ولكن ليس ثمة ما يمنع من أن تدفع إليها بواعث سياسية. ومعنى هذا أن الجريمة العادية تختلط أحيانا بالجريمة السياسية، ولهذا كان للتفريق بين الجريمتين أهمية كبرى ...

(الصدر) ... تعليق "رقم -٤٤-" لا يكفي لكي تكون الجريمة سياسية أن يتوافر في دوافعها العنصر السياسي، بل لابد في الجريمة السياسية من شرائط معينة كما يأتي، فلذا لزم بيان الفرق بينها وبين سواها ...

(الشاوى) ... رأينا فى تعليق "رقم -٤٤-" يسارع السيد الصدر للتنبيه على أن هناك شروطا عديدة لكي تطبق الأحكام الخاصة بالجرائم السياسية. واهتمام الشيعة بهذا الموضوع سببه أن أحكامه قصد بها في الأصل أن تطبق على "الخوارج" وهم أكبر خصومهم السياسيين منذ عهد الإمام علي بن أبي طالب "رضي الله عنه" "الذي اغتاله أحدهم" كما يشير في التعليق التالي، ومع ذلك فإن الإمام عليّا هو الذي وضع أهم الأحكام التي تميز هذه الجرائم ذات الباعث السياسي وتعطي لمرتكبيها امتيازات لا يتمتع بها مرتكب الجريمة العادية ...

75 – فى الجريمة السياسية معاملة خاصة للثائرين المتأولين :

الجريمة السياسية فى فقهنا هى أعمال العنف التى يرتكبها الخارجون على السلطة القائمة بناء على ادعاء أنها سلطة غير شرعية – وهذا هو مايعبر عنه بأنهم متأولون – ونظرا لأن العنف الذى يرتكبونه يضار به أفراد الناس العاديون الذين لادخل لهم فى هذا الخلاف، فإن فقهنا يسميهم بغاة، ويقرر لهم معاملة خاصة يقصد بها إعادة الأمن لجمهور الناس ولو اقتضى ذلك تقريرا لبعض الحقوق لهم مقابل تراجعهم عن هذا العنف .

وما قاله فقهاؤنا عن "حقوق هذا النوع من الثوار" ... ومسئوليتهم قبل الثورة وفى أثنائها وبعدها ... هى حقوق يراعى فيها أن جريمتهم سياسية، لأنهم يعتقدون أنهم يدافعون عن حكم شرعى، وهذا هو مايسمى بالتأول. ولهذا السبب، فإنهم يجب ألا يعاملوا كمجرمين عاديين ولايعاقبوا بالعقوبات العادية عن الأعمال التى يرتكبونها فى مقاومتهم أو ثورتهم . ما دامت قد وقعت فى حالة ثورة أو حرب أهلية ضد سلطان يحسبونه جائرا أو غير شرعى (سواء كان هذا الحسبان صحيحا أم خطأ) . ومعنى أنهم "متأولون" هو أنهم فى مقاومتهم للسلطة القائمة أو خروجهم عليها يستندون إلى أحكام شرعية قد تكون صحيحة فى نظرهم خاطئة فى نظر غيرهم .

وكلامنا هنا موضوعه المعاملة الخاصة التى يقررها فقهاؤنا لهؤلاء البغاة؛ سواء كانت السلطة التى يخرجون عليها شرعية أو غير شرعية .

هناك موضوع آخر هو: متى يكون هذا الخروج جريمة معاقبا عليها ؟ والراجح أنه لايكون الخروج جريمة بغى إلا إذا كانت السلطة التى خرجوا عليها شرعية، وقد عبر فقيهنا عن ذلك بقوله إن "البغاة" هم القوم الذين يخرجون على الإمام ... أو هم فرقة من المسلمين خالفوا الإمام "الأعظم" ...

وقد تأثر فقيهنا بأقوال شراح القانون المصرى فى تعريفهم للجريمة السياسية بأنها تقع لغرض سياسى، وكان من الواجب الإشارة إلى أن فقهنا يشترط أن يكون البغاة متأولين، أى أن لهم غرضا شرعيا، أساسه "التأول"، أى أنهم يقصدون الدفاع عن مبدإ شرعى (سواء كان هذا الاعتقاد صحيحا أو خاطئا) والغرض الشرعى غير الغرض السياسى ويلاحظ أنه أوضح ذلك فى البند التالى (76) .

‹عوده› ٧٦ـ متى توجد الجريمة السياسية : لا توجد الجريمة السياسية في الظروف العادية، فكل جريمة وقعت في الأحوال العادية هي جريمة عادية مهما كان الغرض منها والدوافع إليها. فمن يقتل رئيس الدولة لغرض سياسي عُدَّت جريمة عادية، ولو كان القاتل نفسه من المشتغلين بالسياسة مادام أن القتل وقع في أحوال عادية . ولقد قتل عبد الرحمن بن ملجم علي بن أبي طالب خليفة المسلمين لتحقيق غرض سياسي فعُدَّ القتل عاديا بالرغم من أن القاتل من الخوارج[1] وهذا هو رأي عليّ نفسه، والرأي الذي أخذ به العلماء من بعده، فإنه قال لولده الحسن : "أحسنوا إساره، فإن عشت فأنا ولي دمي، وإن مت فضربة كضربتي". ولو لم يكن القتل عاديا لما عَدَّ نفسه ولي الدم، إن شاء عفا وإن شاء اقتص، ولما طلب من الحسن أن يقتص بضربه كضربته [2] –٤٥– ...

وإنما توجد الجريمة السياسية في الظروف غير العادية، وعلى وجه التحديد في حالة الثورة وفي حالة الحرب الأهلية. فإذا ثار فريق من الرعية على الدولة، وإذا قامت حرب بين الدولة وبين بعض رعاياها الخارجين عليها، أمكن أن توجد الجريمة السياسية إذا توافرت شروط معينة في الثوار أو المحاربين، فإذا لم تتوافر هذه الشروط أو توافرت ولكن لم توجد حالة الثورة أو الحرب، فالجرائم التي تقع لا يمكن أن تكون جرائم سياسية، وإنما هي جرائم عادية...

الصدر ... تعليق "رقم –٤٥–" فإن هذا يدل على أن جريمة ابن ملجم،على عظمها وشناعتها بالدرجة التي جعلته أشقى الآخرين كما في الأخبار، لم تكن جريمة سياسية بالمعنى المصطلح للفظ. غير أننا لا يمكن أن نجعل من ذلك دليلا على عدم تحقق الجريمة السياسية في الظروف العادية، لأن الظروف التي مارس فيها ابن ملجم جريمته الكبرى وإن كانت ظروفا عادية ولكن نلاحظ من المجرم نفسه أنه لم يكن ذا شوكة فكما يمكن أن يكون السبب في عدم احتساب جريمته جريمة سياسية الظرف العام للجريمة حيث كان ظرفا عاديا، كذلك من الممكن أن يرجع السبب إلى حالة المجرم الخاصة وعدم كونه ذا شوكة ...

الشاوى رأينا في "... تعليق –٤٥–" يؤيد السيد الصدر الاستشهاد بأقوال أمير المؤمنين على بن أبي طالب في معاملة قاتله على أساس أن جريمته عادية وليست سياسية لعدم توافر شرط " الشوكة " أو عدم وجود حالة ثورة أو مقاومة مسلحة ...

---

(١) الخوارج فئة كانت تناهض عليا ولا تراه صالحا للخلافة ...

(٢) الشرح الكبير الجزء العاشر ص (٥٢) ...

عوده ٧٧ ـ *المجـرمـون السـياسـيون* : تسمى الجريمة السياسية في اصطلاح الفقهاء البغي، ويسمى المجرمون السياسيون البغاة أو الفئة الباغية -٤٦- ...
والـبغاة -٤٧- كمـا يعرفها الفقهاء "هم القوم الذين يخرجون على الإمام[1]

الصدر = ... تعليق "رقم -٤٦-" البغي في عرف الفقه الجعفري هو الخروج عن طاعة الإمام العادل كما في كتاب جواهر الكلام للفقيه الكبير الشيخ محمد حسن النجفي، وكتاب المنتهى لآية الله العلامة الحلي، غير أن الثاني أسقط لفظ العادل وأطلق كلمة الإمام، والمعنى واحد لأن الشـيعة يشترطون في الإمام العصمة وفي نائبه العدالة، فرئيس الدولة أو الإمام لا يكون رئيسا شرعيا وإماما إذا لم يكن عادلا، والباغي هو من خرج على إمام عادل وقاتله ومنع تسليم الحق إليه كما جاء في كتاب الخلاف لشيخ الطائفة "محمد بن الحسن الطوسي"، رحمه الله ...

الشاوي رأيـنا في "... تعـليق-٤٦-" يشير إلى أن الشيعة عموما يَعُدّون البغي هو الخروج على الإمام العادل أو المعصوم من باب أولى في نظرهم". ونرى أن هذا بحث سابق لأوانه يتعلق بوجود جـريمة الـبغي وأركانها وسيكون موضع هذا "البحث" في القسم الخاص عند دراسة "شروط العقـاب" عـلى "البغي"... أما هنا فنحن بصدد عرض "الامتيازات" التي يقررها الفقه للمتهمين بجـرائم سياسية سواء كانت هي جريمة البغي أو المقاومة المسلحة، أو كانت جريمة أخرى وقعت في حالـة الـثورة أو المقاومة المسلحة. ومادام الأمر كذلك فإن القول بمنح هذه الامتيازات لمن يقـاومون الإمام العادل يوجب منحها من باب أولى لمن يقاومون الظالم أو المغتصب لأن مقاومته حـق بـل واجب وليس بغيا، كل ما هنالك أنه فى أثناء هذه المقاومة المشروعة ارتكبت جرائم باعثها عقيدي "بناء على تأول" فتستحق هذه المعاملة الاستثنائية لحماية الجمهور من استمرارها.

الصدر تعليق "... رقم -٤٧-" البغاة كما يعرفها الفقهاء من الإمامية هم القوم الذين يخرجون عـلى الإمام العادل ويقاتلونه ويمتنعون من تسليم الحق إليه على أن تتوافر فيهم الشرائط التي سنمر بها قريبا ...

ولفظ الإمام عند الإمامية يعني أحد الأئمة الاثنى عشر من أهل البيت صلوات الله عليهم، ولكـن الباغي لا يختص بالخارج على أحدهم، بل يشمل كل من خرج على حكومة إسلامية شرعية وإن كان يرأسها شخص آخر غير الإمام بالنيابة عنه في حالة الغيبة ...

وأما فقهاء أهل السنة والجماعة فقد عرفوا البغاة بما ذكره المصنف في الكتاب ...

الشاوي رأينا في "... تعليق-٤٧-" نرى السيد الصدر يؤكد رأي الجعفرية بأن الخروج يُعَدّ "بغيا" إذا كان فيه مقاومة لإمام شرعي عادل، ولكن ليس معنى ذلك أن الخروج على غيره لا يتمتع =

---

(١) رئيس الدولة أو حاكمها العام ...

عوده بـتأويل سـائغ ولهم منعة وشوكة[1]" أو هم : "فرقة من المسلمين خالفت الإمـام الأعظم[2] أو نائبه لأحد شيئين إما لمنع حق وجب عليها من زكاة أو حكم عـليها من أحكام الشريعة المتعلقة بالله أو بآدمي[3] أو الدخول تحت طاعته بالقول والمباشرة باليد لحاضر، والإشهاد على الدخول لمن غاب عنه إن كان كل منهما من أهل " الحل والعقد " واعتقاد ذلك ممن لا يعبأ به ولا يعرف فإنه حق لخبر "من مات وليس في عنقه بيعة مات ميتة جاهلية " .. أو خالفته لخلعه[4] .. أي إرادتها خلعه أي

= مرتكبوه بالامتيازات الخاصة بالجرائم السياسية أو المجرمين السياسيين (بل هم أولى بها) كل ما هنالك أنه لا يليق وصفهم بأنهم "بغاة"، لكن هذه التسمية تاريخية من عهد الخوارج. أما إذا كان من خرجوا عليه حاكما غير شرعي أو غير عادل، فإن الباغي في الحقيقة هو الظالم الذي ثاروا أو خرجوا عليه، والذي نرى أن جرائمه تكون عادية وليست من نوع الجرائم التي تستحق معاملة خاصة ...

ويشـير إلى أن فقيهـنا يقـول إن أهل السنة لا يفرقون بين الحالتين، ونحن نرى أن رأي الجعفرية أقرب للصواب بالمعنى الذي أوضحناه، وأن الرأي الذي يشير إليه فقيهنا في المتن ليس محل إجماع أهل السنة ...

---

(١) الشرح الكبير الجزء العاشر ص/٤٩ ...

(٢) الخليفة أو الإمام الذي ليس بعده إمام، أو الرئيس الأعلى للدولة الإسلامية ...

(٣) الأحكام المتعلقة بالله هي الأحكام المتعلقة بصيانة صالح الجماعة، والأحكام المتعلقة بآدمي هي ما وضع لصيانة مصلحة الأفراد ...

(٤) الرأي الغالب في المذاهب الأربعة أن الإمام لا ينعزل بالظلم والفسق وتعطيل الحقوق، ومن ثم فلا يجب الخروج عليه بقصد عزله وتولية غيره؛ لأن إباحة الخروج عليه تدعو إلى عدم الاستقرار وكثرة الفتن والثورات واضطراب أمور الناس. والأقلية ترى أن للأمة خلع الإمام وعزله بسبب يوجبه، وأنه ينعزل بالفسق والظلم وتعطيل الحقوق، فإذا وجد من الإمام ما يوجب اختلال أموال المسلمين، وانتكاس أمور الدين كان للأمة خلعه كما كان لهم نصبه لانتظام شئون الأمة وإعلائها. وإذا أدى خلعه إلى فتنة احتمل أدنى المضرتين، وهناك من يرى خلعه إذا لم يستلزم فتنة. وروي عن مالك أنه قال : من قام على إمام يريد إزالة ما بيده إن كان (أي المقوم عليه) مثل عمر بن عبد العزيز وجب على الناس الذب عنه والقيام معه أما غيره فلأدعه وما يراد منه ينتقم الله من ظالم بظالم. راجع شرح الزرقاني الجزء الثامن ص/٦٠، وحاشية ابن عابدين الجزء الثالث ص/٤٢٩، والأحكام السلطانية (ص/١٤)، والإقناع الجزء الرابع ص/٢٩٢ .

عوده عزله لحرمة ذلك عليهم وإن جار [1] -٤٨- ...

وإذا كان الفقهاء قد اصطلحوا على تسمية فريق الخارجين بالبغاة، فإنهم يسمون الفريق الآخر الذي لم يخرج عليه بأهل العدل ...

الصدر ... تعليق "رقم -٤٨-" كما يرى ذلك أكثر فقهاء المذاهب الأربعة. وأما عند فقهاء الجعفرية، فالحاكم إن كان هو أحد الأئمة الاثنى عشر فلا يمكن صدور الجور منهم لعصمتهم الثابتة بالأدلة العقلية والنقلية المذكورة في علم الكلام، وإن كان الحاكم من غيرهم في زمان غيبة قائمهم (ع) فلا خلاف بين فقهاء الجعفرية في انعزال الحاكم بالجور لأنه يصبح فاسقا ويخرج عن العدالة التي تُعَدّ شرطا في الحاكم عندهم، ويوافقهم على هذا الرأي الظاهرية وبعض المالكية كما سنعرف ذلك في الجزء الثاني من هذا الكتاب. ويشهد لهذا الرأي مجموعة من النصوص رواها حفاظ أهل السنة والجماعة. ففي الجزء الثالث من كنز العمال ص/١٧٢ عن عبد الله بن مسعود أن رسول الله ﷺ قال له : "كيف بك يا أبا عبد الله إذا كان عليك أمراء يطفئون السنة ويؤخرون الصلاة عن ميقاتها ؟ ".

قلت : فكيف تأمرني يا رسول الله ؟ قالﷺ : " يسألني ابن أم عبد كيف يفعل ... لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق ..."

وفي ص/١٧٠ من الكتاب نفسه عن حذيفة أن النبي ﷺ قال : " سيكون عليكم أمراء يكذبون ويظلمون فمن دخل عليهم فصدقهم بكذبهم وأعانهم على ظلمهم فليس مني ولا أنا منه ولن يرد عليّ الحوض، ومن لم يدخل عليهم ولم يصدقهم بكذبهم ولم يعنهم على ظلمهم فهو مني وأنا منه... ".

وروي ما يقرب من هذا عن خباب، وابن عباس، وأبي سعيد، وابن عمر، وكعب ومن الواضح أن الأمر بمقاطعة الحكام الجائرين يدل عرفا على سقوطهم عن الحاكمية في نظر الشرع.

الشاوي ... رأينا في "تعليق -٤٨-" ما أشار إليه السيد الصدر من أن فقه السنة لا يفرق بين الخروج على الإمام العادل وغير العادل هو فقط فيما يتعلق بتطبيق القواعد الخاصة بالجرائم السياسية التي تمنح معاملة أخف لمن يخرجون على الجميع. أما وصف البغاة وشروط العقاب على مجرد الخروج أو المقاومة فهذا موضعه سيكون عند دراسة هذه الجريمة في القسم الخاص.

إن الفرق بين الحالتين يكون فقط في القول بتوافر أركان جريمة (البغي) في الحالة الأولى وعدم توافرها في الحالة الثانية، وهنا يثور الخلاف في الفقه بشأن شروط جواز مقاومة الإمام المغتصب أو الباغي أو الفاسق، ومجال هذا البحث هو دراسة أحكام هذه الجريمة في القسم الخاص ...

---

(١) شرح الزرقاني على مختصر خليل الجزء الثامن ص /٦٠ ...

۞ 76، 77– البغي خروج أو ثورة على السلطة القائمة بناء على "تأول" شرعي – سواء كانت السلطة القائمة شرعية أو لا :

العبرة فى وصف الجريمة بأنها سياسية هو "التأول"، أى ادعاء وجود مبرر شرعى للخروج أى الثورة على السلطة القائمة الذى يصل إلى حد الثورة أو الحرب الأهلية. أما الجرائم العادية مثل القتل أو إلقاء القنابل أو غير ذلك من أعمال العنف التى ترتكب لغرض سياسى دون وجود حالة عامة يمكن وصفها بأنها انتفاضة أو ثورة أو حرب أهلية – فهى جرائم عادية "إرهابية" – ويجب التفرقة بينها وبين الجريمة السياسية الشرعية البحتة (فى حالة الخروج أو الثورة) .

إن أمثال تلك الجرائم الإرهابية تطبق عليها القواعد العامة حتى ولو كانت قد ارتكبت لغرض سياسى، طالما أنه لم يكن هناك خروج أو حرب أهلية أو ثورة، وأستشهد على ذلك بما حدث لقاتل سيدنا على بن أبى طالب إذ طبقت عليه القواعد العامة وحكم عليه بالقصاص .

إذن الجريمة السياسية البحتة (هى الخروج أو الثورة) على حكم يَعُدّه الثائرون ظالما أو باغيا أو غير شرعى، ولو كانوا مخطئين، ولو كان الإمام الذى خرجوا عليه شرعيا مثل سيدنا على .

* * *

إننا نرى أن فقهاءنا عندما ذكروا "الإمام" قصدوا من ذلك الإشارة إلى من له هذه الصفة شرعا؛ أى أن يكون قد تولى السلطة بالطريق الشرعية الصحيحة (وهى الشورى الحرة أو المرشح بالوصية ممن تولى بالشورى الحرة) .

أما من اغتصب السلطة بالقوة والغلب، فإنه "مسكوت" عنه، ولم يجد كثير من الفقهاء داعيا للخوض فى حكمه. ربما لأن آراءهم قد تغضب بعض "سلاطين" زمانهم.

وصفة "الأعظم" يقصد بها الخليفة الذى يمثل الأمة الإسلامية كلها، أما من عداه من الأمراء والسلاطين أو الولاة .... فإنهم أيضا "مسكوت" عنهم .

وقد راعى الفقه فى ذلك أن كلمة بغى وبغاة فى ذاتها تدل على أن الأصل أن الجريمة المعاقب عليها هى الخروج على وضع "شرعى صحيح" .

۞ الضمانات المقررة لمن يخرجون بتأول شرعي علي إمام شرعي يتمتع بها الخارجون علي من يمارسون سلطة فعلية من باب أولى، بل إن من يستولون علي السلطة الفعلية بالقهر والغلب دون شورى حرة يمكن عَدُّهم بغاة لكن لا يتمتعون بالضمانات المقررة للبغاة بتأول شرعي :

لكن الأحكام التى تقرر ضمانات أو امتيازات لهؤلاء "البغاة" تطبق من باب أولى على من يخرجون على وضع غير شرعى، بل قد توصف السلطة التى يخرجون عليها بأنها باغية.

ثم إن ما يرتكبه المستبدون المغتصبون للسلطة بدون سند شرعى لكى يفرضوا سلطانهم ويتمتعوا بثمار اغتصابهم أطول مدة ممكنة فهذه جرائم عادية ولا تطبق عليها أحكام الجرائم السياسية – ولا يعامل مرتكبوها المعاملة الخاصة بالثائرين .....

(عوده) ٧٨ ـ الشروط التي يجب توافرها في المجرمين السياسيين أو البغاة :

نستطيع أن نستخلص من تعريف البغاة ومما سبق الشروط التي يجب توافرها في المجرم وعمله ليُعَدّ مجرما سياسيًا أو باغيا :

أولا : الغرض من الجريمة : يشترط أن يكون الغرض من الجريمة إما عزل رئيس الدولة أو الهيئة التنفيذية، وإما الامتناع عن الطاعة. فإذا توافر الغرض على هذا الوجه مع توافر الشروط الأخرى كانت الجريمة سياسية والمجرم سياسيًا. أما إذا كان الغرض من الجريمة-٤٩- إحداث أي تغيير يتنافى مع نصوص الشريعة كإدخال نظام غير إسلامي يخالف النظام أو تمكين دولة أجنبية من التسلط على البلاد، إو إضعاف قوة الدولة أمام غيرها من الدول، إذا كان الغرض من الجريمة شيئا من هذا أو مثله، فإن الجريمة لا تكون بغيا أي سياسية، وإنما هي إفساد في الأرض، ومحاربة لله ورسوله، وهي جريمة عادية قررت لها الشريعة عقوبة قاسية [1] -٥٠- ...

(الصدر) ... تعليق "رقم -٤٩-" ومن حملهم السلاح والإخلال بالأمن، وإخافة الناس ...

(الشاوي) ... رأينا في تعليق "رقم -٤٩-" يذكرنا السيد الصدر بما قلناه من قبل من أن الجريمة لا تُعَدُّ سياسية في فقهنا إلا إذا وقعت في حالة ثورة فعلية وصفها بأنها: "حمل سلاح، والإخلال بالأمن وإخافة الناس". فلا يكفي الغرض السياسي "عزل رئيس الدولة، ورفض طاعته .."،كما ورد في أقوال فقيهنا في المتن. ونحن نلاحظ أن فقيهنا أضاف: "مع توافر الشروط الأخرى".

(الصدر) ... تعليق "... رقم -٥٠-" لأنها وإن كانت من أقسام البغي، غير أن العقوبة تشتد نظرا إلى الظرف الخاص الذي وقعت فيه ...

(الشاوي) رأينا "... تعليق -٥٠-" يؤيد السيد الصدر ما قاله فقيهنا في المتن من وجوب التفرقة بين جرائم البغي التي تُعَدُّ سياسية في فقهنا، وبين جرائم "الفساد في الأرض" التي لا تتوافر فيها الشروط التي أفاضوا فيها، وخاصة منها ما يكون هدفها إدخال نظام غير إسلامي أو معاونة قوى أجنبية ضد المسلمين "ونضيف نحن لها معاونة المستبد المغتصب للسلطة بدون أساس شرعي من الشورى والالتزام بالشريعة" وبذلك يمهد للشرط الثاني وهو أن يكون أساس الخروج "تأول" أي حجة شرعية ...

وإشارته إلى أن جريمة الفساد في الأرض تشدد عليها العقوبة تؤيد ما ذكرناه مرارا من أن أحكام الجرائم السياسية يقصد بها تخفيف الأحكام الشرعية على هذه الجرائم متى توافرت الشروط التي ذكرناها تشجيعا للخارجين على وقف القتال وحقن دماء الناس الذي يصاحب الثورات والحروب.

(١) أسنى المطالب الجزء الرابع ص :١١١/١١٢، المغني الجزء العاشر ص /٥٢، نهاية المحتاج الجزء السابع ص/٣٨٢، البحر الرائق الجزء الخامس ص/١٥١ .

(عوده) ثانيـــا : الـــتأول : يشترط في البغاة أي المجرمين أن يكونوا متأولين، أي أن يدعـــوا سببا لخروجهم ويدللوا على صحة ادعائهم، ولو كان الدليل في ذاته ضعيفا كادعـــاء الخارجين على الإمام علي بأنه يعرف قتلة عثمان ويقدر عليهم ولا يقتص مـــنهم لمواطأته إياهم، وكتأول بعض مانعي الزكاة في عهد أبي بكر بأهم لا يدفعون الزكاة إلا لمن كانت صلاته سكنا لهم طبقا لقوله ﷺ: ﴿خذ من أموالهم صدقة ...﴾ إلى قوله ﷺ : ﴿وصل عليهم إن صلاتك سكن لهم﴾ [التوبة:١٠٣]. فإذا لم يدعوا ســـببا للخروج أو ادعوا سببا لا تقره الشريعة إطلاقا كأن طلبوا عزل رئيس الدولة دون أن ينســـبوا إليـــه شيئا، أو طلبوا عزله لأنه ليس من بلدهم، فهم قطاع طريق يســـعون في الأرض بالفساد ولهم عقوبتهم الخاصة وليسوا بأي حال بغاة أو مجرمين سياسيين[1]–٥١– ...

ثالثا : الشوكة يشترط في الباغي أي المجرم السياسي أن يكون ذا شوكة وقوة لا بنفســـه بل بغيره ممن هم على رأيه، فإن لم يكن من أهل الشوكة على هذا الوصف

(الصدر) تعليق "... رقم –٥١–" وليسوا بأي حال بغاة أو مجرمين سياسيين فلا يكونون من البغاة وفقا لـــلرأي الســـائد عند الجعفرية القائل بأن وجود الشبهة عنصر ضروري في الباغي وما يتميز به من أحكام عن سائر المحاربين. وخالف في ذلك فقيه عصره الشيخ محمد حسن النجفي في كتابه جواهر الأحكـــام قائلا إن أهل البصرة وأهل الشام كانوا بغاة دون شك في محاربتهم لأمير المؤمنين صلوات الله عليه بالرغم من عدم وجود شبهة لديهم، ولكن الأرجح هو الرأي الأول المشهور ...

وأمـــا هـــؤلاء الخارجون على أمير المؤمنين (ع) فقد عرفنا آنفا شبهتهم الباطلة التي كانوا يتمسكون بها.

(الشاوى) رأيـــنا في "...تعليق رقم –٥١–" يؤيد ما قاله فقيهنا من إخراج قطاع الطرق وأمثالهم الذيـــن يعملون لأغراض خاصة من نطاق الجرائم السياسية التي تستلزم وجود شبهة من ادعاء تأويل شرعي للخروج رغم أنهم يسمون (بغاة) لأن أحكام جريمة البغي شيء، وأحكام الجرائم الـــتي ترتكب في حالة الثورة (أي البغي) شيء آخر عندما تكون لأهداف سياسية تعتمد على حجج شرعية (تأول) ..

---

(١) البحر الرائق الجزء الخامس ص/ ١٥١– ١٥٤ شرح الزرقاني الجزء الثامن ص/٦٢ نهاية المحتاج الجزء السابع ص/٣٨٢،٣٨٣ المغنى الجزء العاشر ص/٤٩ .

عوده فلا يُعَدّ مجرما سياسيا ولو كان متأولا [1] -٥٢- ...

رابعا : الثورة والحرب: ويشترط بعد ذلك كله أن تقع الجريمة في ثورة أو حرب أهـــلية اشتعلت لتنفيذ الغرض من الجريمة، فإن وقعت الجريمة في غير حالة الثورة أو الحـــرب الأهـــلية فهي ليست بغيا أي جريمة سياسية، وإنما هى جريمة عادية يعاقب فاعـــلها بالعقوبـــة العادية المقررة لها. وتلك هى سنة على بن أبي طالب في الخوارج، فـــلقد عـــرض قوم من الخوارج به، فنادوا وهو يخطب على منبره : لا حكم إلا لله، يعرضون به؛ لأنه قبل التحكيم، فرد علي من منبره قائلا : كلمة حق أريد بها باطل، لكم علينا ثلاث :

الصدر ... تعـــليق "رقم -٥٢-" كما ذهب إلى ذلك مشهور فقهاء الجعفرية، وأنكر بعضهم الشرط المذكور منهم الفقيه الكبير الشيخ محمد بن مكي العاملي في كتاب " اللمعة" والعلامة الفقيه الشيخ زين الدين العاملي في كتابيه "الروضة" و "المسالك"...

الشاوى ... رأيـــنا "تعليق -٥٢- " يقول السيد الصدر إن الرأي المشهور عند فقهاء الجعفرية يماثل مـــا قالـــه فقيهنا بالمتن من اشتراط "الشوكة "، وإن كان هناك رأي آخر أشار إليه لا يستلزم هذا الشرط، وهذا القول هو الذي تسير عليه القوانين الوضعية حيث تُعَدّ الجرائم سياسية ولو لم تقع في حالة ثورة، وكذلك لو لم يكن مرتكبها ذا شوكة أي جماعة تؤيده وتناصره ...

الفـــرق بـــين الرأيين أن مبرر التخفيف في حالة الثورة والشوكة هو إعادة السلم والأمن لعامـــة الـــناس الذيـــن يتضررون من أعمال الثوار ومن يقاومونهم برغم أنهم ليسوا طرفا في المشكلة عادة ...

أمـــا المبرر في الرأي الثاني فهو أن مرتكب هذا النوع من الجرائم لا يعمل لغرض ذاتي أو شخصـــي، وإنما يعتقد "صوابا أو خطأ" أنه يعمل لغرض عام ويستند إلى تأويل أو مبرر شرعي "صحيح أو خاطئ" فهو يستحق لذلك معاملة خاصة ...

ونحن نرجح هذا الرأي وإن لم يكن هو المشهور عند الشيعة ولا السنة، وأنه يلزمنا بإسقاط الحـــد في القصـــاص تطبيقا لمبدإ درء الحدود بالشبهات؛ لأن هذه الحالة هى في نظرنا إحدى الشبهات التي تسقط الحد والقصاص ...

ويلاحـــظ أن أحكام الجريمة السياسية مصدرها الأول لدى الشيعة والسنة ما قرره الإمام على بن أبي طالب في مواجهة ما قام به الخوارج من أنصاره الذين قاوموه وخرجوا عليه بحجج شرعية استندوا عليها ...

---

(١) نهاية المحتاج الجزء السابع ص/٣٨٥ ...

<عوده> لا نمنعكم مساجد الله أن تذكروا فيها اسم الله، ولا نبدؤكم بقتال، ولا نمنعكم الفيء ما دامت أيديكم معنا، أي ما دمتم لم تثوروا علينا[1] ...

(١) المغنى الجزء العاشر ص / ٥٨، الشرح الكبير الجزء العاشر ص: ٧٢/٧١، أسنى المطالب الجزء الرابع ص/١١٢، نهاية المحتاج الجزء السابع ص/٣٨٤ ..

78 – شروط الجريمة السياسية :

الشرط الأول الذى ذكره: يستبعد من المجرمين السياسيين من لهم أهداف تتعارض مع العقائد أو المبادئ الإسلامية أو مع الشريعة؛ وهؤلاء هم "المفسدون فى الأرض" ولاينظر إلى خروجهم على أنه "جريمة سياسية" حتى ولو وصفت جريمتهم بأنها "بغى".

الشرط الثانى: يستلزم أن يكون خروج البغاة بناء على "تأول"، أى سند منسوب للشريعة ذاتها (خطأ أو صوابا)، وعلى ذلك إذا كان غرضهم الحصول على مال أو مغانم أو التعصب لشخص له عصبية معينة فقط دون ادعاء سند شرعى. فهؤلاء أيضا مفسدون فى الأرض تطبق عليهم القواعد العادية وليست جرائمهم سياسية وإن كانت جريمتهم توصف بأنها بغى .

الشرط الثالث: هو الشوكة، أى صدور الخروج من جماعة تعلن المقاومة والخروج وتبرره بسند شرعى لامن فرد ولا جماعة ليس لها تأول أى لاتدعى أن لها سندا شرعيا .

والرابع: هو وجود مناخ فى الأمة يوصف بأنه حالة ثورة أو حرب أهلية، لأن هذه الحالة هى التى تبرر المعاملة الخاصة التى فرضها الفقه للبغاة بقصد منع أو تفادى استمرار سفك دماء الأبرياء وتمزق المجتمع .... ولو اقتضى ذلك معاملة خاصة لهؤلاء "الثوار" رغم وصفهم بأنهم "بغاة" .

ولاشك فى أن وصفهم بأنهم بغاة يشير إلى ماذكرناه سابقا (فى تعليقنا على البند 77) من أن الحالة التى تستحق هذه الأحكام هى فى الأصل حالة من يخرجون على "إمام" شرعى تولى منصبه بطريق شرعى مثل الإمام على ـــ ولكنها تطبق على من يخرجون على غيره من باب أولى .

وقد بينا أن معنى ذلك أن من يخرجون على من هو دون ذلك من مغتصبى السلطة بالقوة والبغى يستحقون هذه المعاملة كحد أدنى وإن كان يصعب وصفهم فى جميع الأحوال بأنهم "بغاة" – لأن من خرجوا عليه قد لايستحق الوصف بالإمامة شرعا – لأنه مغتصب للسلطة وهو أحق بالمعاقبة على البغى أو الفساد فى الأرض ولايستحق المعاملة الخاصة المتميزة التى تقرر للجريمة السياسية .

واشتراط الشوكة لتطبيق هذه المعاملة المخففة التى يقررها الفقه لهؤلاء "الثوار" أو الخوارج (رغم وصفهم بأنهم "بغاة") إنما قصد به الإشارة إلى أن هذه "الامتيازات" لم تقرر لصالحهم وإنما اقتضتها مصلحة الأمة أو الجمهور الذى يقاسى من سفك الدماء ويفضل فقهاؤنا وقف هذا النزيف ولو اقتضى ذلك بعض "التنازلات" التى أعطيت للمجرمين "السياسيين" أو الخوارج .

عوده ٧٩ *حقوق "البغاة" ومسئوليتهم قبل الثورة:* للبغاة أن يدعوا إلى ما يعتقدون بالطريق السلمي المشروع، ولهم الحرية فى أن يقولوا ما يشاءون فى حدود نصوص الشريعة، وللعادلين أن يردوا عليهم ويبينوا لهم فساد آرائهم. فإذا خرج أحد من الفريقين فى قوله أو دعوته على النصوص الشرعية عوقب على جريمته بحسبانها جريمة عادية، فإن كان قاذفا حد، وإن كان سابًا عزر، وإن ارتكب أحد البغاة أى جريمة عوقب عليها بحسبانها جريمة عادية [١]...

وللبغاة حق الاجتماع، فإذا تحيزوا أو اجتمعوا فى مكان معين، فلا سلطان لأحد عليهم-٥٣- ما داموا لم يمتنعوا عن حق أو يخرجوا عن طاعة.-٥٤- وهذه أيضا سنة على ابن أبي طالب فى الخوارج، فقد اعتزلت طائفة من الخوارج عليًا عليه السلام بالنهروان فولى عليهم عاملا أقاموا على طاعته زمنا وهو لهم موادع إلى أن قتلوه، فأنفذ إليهم على: أن سلموا إلى قاتله، فأبوا، وقالوا كلنا قتله. فلما خرجوا عن الطاعة وجاهروا بالعصيان قاتلهم على[٢] ...

الصدر تعليق "رقم ٥٣-" إذا لم يخش منهم على الكيان الإسلامى وعلى المسلمين ولم يكن فى تركهم سببا لشوكتهم وقوتهم، وفى هذه الحالة تجوز موادعتهم. ولا تجوز موادعتهم والسكوت عنهم إذا خيف من مضاعفات هذه الموادعة وما تؤدى إليه من تقوية جانبهم وإضعاف جانب الحق والعدل ..

الشاوى رأينا فى "تعليق -٥٣-" يضيف السيد الصدر تحفظات على ما قاله فقيهنا فى المتن من إعطاء الثوار (الخارجين على السلطة القائمة) الحرية فى الدعوة لرأيهم ...

وأساس هذه التحفظات أن السيد الصدر يقصر كلامه على البغاة الخارجين على إمام شرعى ولايته صحيحة، وهنا فقط يمكن قبول شروطه ...

لكن رأى فقيهنا والسنة عامة يفترضون أن الجريمة تكون سياسية من باب أولى إذا كان الخروج على حاكم مغتصب مستبد، ولذلك لا يعطون له الحق فى حرمان من يعارضونه من الدعوة السلمية زاعما أن نظامه إسلامى، وهذا زعم غير صحيح فى أكثر الأحيان ...

لذلك نرى أن الأولى هو ما قاله فقيهنا ...

الصدر ..تعليق "رقم ٥٤-" ولم يكن تركهم سببا لتقويتهم، أو باعثا للوهن فى صفوف أهل الحق.

---

(١) الأحكام السلطانية ص/٥٨، المغنى الجزء العاشر ص/٦٠، أسنى المطالب الجزء الرابع ص: ١١٢- ١١٤ نهاية المحتاج الجزء السابع ص / ٣٧٦ .

(٢) الأحكام السلطانية ص / ٤٨، البحر الرائق الجزء الخامس ص / ١٥٢، المغنى الجزء العاشر ص/ ٥٣ – ٥٨ نهاية المحتاج الجزء السابع ص / ٣٨٣

عوده ويشترط مالك والشافعي وأحمد أن يبدأ أهل البغي بالقتال حتى يقاتلوا أهل العـــدل، وفي هـــذه الحال تستحل دماؤهم.-٥٥- أما أبو حنيفة فيكتفي بتجمعهم وامتناعهم ويرى في ذلك ما يكفي لقتالهم .[1]

الصدر ... تعـــليق "رقم -٥٥-" ويؤيد ذلك عدة نصوص رويت عن أمير المؤمنين (ع) كما تشهد به سيرته العادلة، فإنه لم يكن يبدأ البغاة بالحرب في معاركه الثلاث: "الجمل وصفين والنهروان" ..

الشاوي ... رأيـــنا "في تعـــليقي رقمـــي-٥٤-و-٥٥-" يضيف السيد الصدر شروطا من عنده للاعـــتراف للـــثوار بحق الاجتماع، ونخشى أن يستغلها من بيدهم السلطة من المغتصبين المستبدين لحـــرمانهم مـــن هذا الحق الذي قرره الإمام علي بن أبي طالب نفسه (حسب قوله) وتبعه الفقه في ذلك، لذلك لا نوافق عليها ...

وقـــد ســـبق أن قلـــنا بذلك في مناقشتنا للتعليق رقم (٥٣) الخاص بحق الدعوة وحرية القول السلمي..

---

(١) ٤١١ ج /٤ شرح فتح القدير ...

يلاحظ أن الفقه تناول موضوع البغي على أنه ناتج عن نزاع سياسى بين فريقين، أحدهما وصفه بأنه أصحاب السلطة ويسمونهم "أهل العدل" والثانى هم الخارجون على السلطة القائمة "أهل البغى" للأسباب التى شرحناها، بحسبان أن هذه هى الحالة العادية فى نظرهم ... حيث المفروض فى الأمة الإسلامية أن يكون نظامها شرعيّا صحيحا. وإذا كان الواقع قد اتسع لغير ذلك، فإن هذه الأحكام تسرى عليه من باب أولى. وإن كانت هذه التسميات تخالف الواقع .

وسنتابع أحكام هذا النزاع قبل القتال سواء سمى ثورة أو حربا أهلية، ثم أثناء الاقتتال وأخيرا بعد انتهائه .

(أ) فى المرحلة الأولى مرحلة المعارضة السياسية والدعوة السلمية – وفيها يسوى الفقه بين الفريقين المتنازعين – ويعدل بينهما ويعطى لكل فريق الحق فى الدعوة إلى مايعتقده "بالطريق السلمى المشروع" وأن للجميع أن يقولوا مايشاءون فى حدود نصوص الشريعة وآدابها وأحكامها .

وفى هذه الفترة إذا خرج "أحد الفريقين" فى قوله أو دعوته على النصوص الشرعية، طبقت عليه أحكام الشريعة العادية وعوقب على مايرتكبه من جرائم على أنها جرائم عادية سواء كانت سبّا أو قذفا أو ضربا أو قتلا ..... وهكذا .

ويتصل بحق الدعوة حق الاجتماع، فلا يجوز حرمان أى فريق منه، طالما أنه لم يعلن الخروج عن الطاعة أو يعتد على حق أحد .

وظاهر أن كثيرا مما قرره الفقه لهذه المرحلة مستمد من موقف الإمام على بن أبي طالب مع الخوارج، فإنه لم يحرمهم من الدعوة، ولم يمنعهم من الاجتماع بل ولّى عليهم عاملا "أقاموا على طاعته زمنا وهو لهم موادع" .

وعندما اعتدوا على عامله وقتلوه، طبق عليهم أحكام القصاص المقرر للجرائم العادية، وطالبهم بتسليم القاتل ليقتص منه، فخرجوا ورفضوا تسليمه وتضامنوا معه. ومنذ تلك اللحظة بدءوا "البغى" أو الثورة أو الخروج، أى الحرب الأهلية ضد صاحب الولاية والسلطة القائمة – وهى هنا ولاية الإمام على بن أبي طالب – الخليفة والإمام الشرعى وولايته شورية صحيحة .

عوده ٨٠ حقوق "البغاة" ومسئوليتهم أثناء الثورة وما بعدها : فإذا اشتعلت الـــثورة أو قامت الحرب الأهلية كان على ولى الأمر أن يقصد من القتال ردع البغاة لا قتـــلهم وإفناءهم وأن يقاتل من أقبل منهم ، ويكف عمن أدبر وهرب وأن لا يجهز على جريحهم، وأن لا يقتل أسيرهم[1] أو من ألقى سلاحه منهم-٥٦- وأن لا يصادر أموالهم -٥٧- وأن لا يســـتولى عـــلى نسائهم وأولادهم لأن رسول الله ﷺ يقول : "منعت دار الإسلام ما فيها"[2]-٥٨- .

الصدر ... تعليق "رقم -٥٦- " لا خلاف فى ذلك بين المسلمين فيمن ألقى سلاحه منهم، وأما أسيرهم فإن كان ممن لا يصلح للقتال فلا يجوز قتله قولا واحدا، وأما إذا كان ممن يمكن استغلاله فى القتال فهناك من يقول من فقهاء الجعفرية بجواز قتله، ومنهم من يقول بعدم الجواز، وثالث يفرق بين ما إذا كانت للبغى فئة يمكنه أن يلجأ إليها فيجوز قتله، وبين ما إذا لم تكن هناك فئة كذلك فلا يجوز قتله، وإن كان الواجب سجنه طيلة مدة الحرب دون خلاف.
وأما الإجهاز على الجريح والإلحاق بالمدبر والهارب الحامل لسلاحه، فالرأى المعروف جواز ذلك إن كان للجريح والهارب فئة يمكن أن تقوى بالالتحاق بها، وإلا فلا يجوز الإجهاز ولا الإلحاق.

الصدر ... تعليق "رقم ٥٧-" إذا لم تكن مما يحتويها المعسكر...

الصدر ... تعليق "رقم -٥٨-" وأما أموالهم التى حواها المعسكر فلفقهاء الإمامية فيها قولان:
أحدهما: جواز الاستيلاء عليها وهو قول السيد المرتضى وجماعته، والآخر : أن للإمام أن يستولى على ما فى المعسكر ويقسمه بين المقاتلين خاصة، وهو قول الشيخ الطوسى وجماعته ويعتمد هؤلاء على ما جاء فى الحديث عن سيرة على (ع) مع بعض البغاة، إذ قسم أموالهم التى حواها المعسكر، وهذا الحديث إن صح كان مخصصا للحديث النبوى السابق وما جرى مجراه، إلا أنه لم يثبت عند الفريق الأول. وأما فقهاء السنة فالمعروف بينهم عدم السماح للإمام بمصادرة أى شىء من أموال البغاة وإن جاز له الاستعانة بسلاحهم وكراعهم حال الحرب على أن يرجعه إليهم بعد ذلك.

الشاوى رأينا فى "تعليقات رقم (٥٦+٥٧+٥٨)" ظاهر أنه يفترض دائما أن من ثار عليه الخوارج هو إمام عادل لأن هذه حالة الخوارج فى عهد الإمام على، وهى الحالة الوحيدة لاعتبار الثورة جريمة معاقبا عليها فى نظرهم كما قال مرارا ...
ولاشك فى أنه إذا كان من ثاروا عليه مغتصبا أو فاسقا فإنه يرجح الاعتراف للثوار بكل هذه الحقوق من باب أولى، بل وأكثر منها لأن مقاومة المغتصب حق مشروع، بل قد تكون واجبا وفقهاء السنة يراعون هذه الحالة، وهذا هو سبب اختلافهم مع الشيعة كما أنه سبب تعدد الأقوال واختلافها فى جميع المذاهب كما يشير فى هذه التعليقات ...

---

(١) يرى أبو حنيفة قتل الأسير إذا اقتضت المصلحة ذلك على خلاف باقى الأئمة ص/١٥٣، البحر الرائق ج/٥.
(٢) الأحكام السلطانية ص/٤٩، البحر الرائق ج/٥ص/١٥٢ :١٥٣، المغنى ج/١٠ص/٦٣، نهاية المحتاج ج/٧ص/٣٨٦، ٣٨٧، شرح الزرقانى ج/٤ص/٦١، ٦٢، تبصرة الحكام ج/٢ص/٢٤٩، أسنى المطالب ج/٤ص/١١٤.

<عوده> فإذا انتهت حالة الحرب وانطفأت الثورة، وجب على ولى الأمر أن يرد على البغاة أموالهم التى فى يد أهل العدل، وما تلف منها فى غير قتال فهو مضمون على متلفه وأما ما أتلفه أهل البغى فى ثائرة الحرب من نفس ومال فهو هدر، وما أتلفوه على أهل العدل فى غير ثائرة الحرب من نفس ومال فهو مضمون عليهم، وهم مسئولون عنه. وهذا هو الرأى الراجح. أما الرأى المضاد فيرى أصحابه تضمين البغاة ما أتلفوه فى الحرب، وحجتهم أن المعصية لا تبطل حقا ولا تسقط غرما. أما حجة أصحاب الرأى الأول فهى أن الفتنة العظمى وقعت أيام على ومعاوية، فأجمع الصحابة -٥٩- على أن لا يقام حد على رجل ارتكب محرما بتأويل القرآن، ولا

[الصدر] ... تعليق "رقم ٥٩-" إنما يكون الإجماع بنظر فقهاء المذهب الجعفرى دليلا شرعيا إذا أصبح طريقا بحصول العلم برأى النبى ﷺ أو الإمام الذى ثبتت عصمته بنظرهم ولا يحصل من إجماع الصحابة العلم المذكور لكون المسألة حادثة بعد زمان النبى ﷺ ولم يحرز أنهم أخذوا الحكم المذكور منه ﷺ إذ لعلهم استندوا إلى آرائهم الخاصة، فإن الصحابة كثيرا ماكانوا يعتمدون على رأيهم واجتهادهم ولم يتقيدوا بالنص، بل كانوا يعرضون عنه فى بعض الحالات. ألم يتخلف قسم من الصحابة عن جيش أسامة بن زيد بما فيهم الخليفتان أبو بكر وعمر مع وجود النص الصريح بالنهى عن التخلف عن جيش أسامة بن زيد؟ فلقد قال ﷺ فيما أورده الشهرستانى فى المقدمة الرابعة من كتاب الملل والنحل، ونقله عنه سماحة الإمام شرف الدين فى كتابه الجليل النص والاجتهاد :

"جهزوا جيش أسامة لعن الله من تخلف عنه". ألم ينه الخليفة الثانى عن متعة الحج مع اعترافه بأن النبى ﷺ قد فعلها؟ ففى كتاب النص والاجتهاد عن مسند الإمام أحمد بن حنبل الجزء الأول ص/٥٠ عن أبى موسى الأشعرى أنه كان يفتى بالمتعة فقال له رجل رويدك بعض فتياك ، فإنك لا تدرى ما أحدث أمير المؤمنين (عمر) فى النسك بعدك حتى لقيه أبو موسى بعد فسأله عن ذلك فقال عمر قد علمت أن النبى ﷺ قد فعله هو وأصحابه ولكن كرهت أن يظلوا بها معرسين فى الأراك ثم يروحون بالحجيج تعطر رؤوسهم .

وفى حديث آخر عن مسند أحمد الجزء الأول ص/٤٩ أن الخليفة الثانى قال عن متعة الحج هى سنة رسول الله ﷺ . ألم ينه الخليفة الثانى عن متعة النساء مع اعترافه بأنها كانت على عهد رسول الله ﷺ وعهد أبى بكر؟ فقد استفاض عن الخليفة الثانى أنه قال : متعتان كانتا على عهد رسول الله و أنا أنهى عنهما وأعاقب عليهما متعة الحج ومتعة النساء ...

وممن نقل عنه هذا القول الفخر الرازى فى تفسيره الكبير حين تفسيره لقوله ﷻ فى سورة [النساء:٢٤] ﴿فما استمتعتم به منهم فآتوهن أجورهن﴾ إلى غير ذلك من الموارد الكثيرة التى أعرض فيها الصحابة عن النص، واتبعوا آراءهم واجتهاداتهم، فكيف يكون إجماعهم الخاص بعد=

(عوده) يغـرم مـا لا أتلفه بتأويل القرآن، ويحتجون-٦٠- كذلك بأن البغاة طائفة ممتـنعة بالحرب بتأويل سائغ، فلا تضمن ما أتلفته على أهل العدل كما لا يضمن أهل العـدل مـا أتلفوه، ولأن تضمن أهل البغي يفضى إلى تنفيرهم-٦١- عن الرجوع إلى

= وفاة النبي ﷺ سببا لحصول العلم برأى النبي ﷺ ولم يعلم موافقة الإمام على (ع) وولديه الذين ثبتت عصمتهم عند الشيعة الإمامية بدليل قطعي؟ إن الشيعة الإمامية وإن كانت تحترم صحابة الرسول ﷺ لكون صحبتهم له من أعظم أسباب العز والشرف إلا أن الصحبة لا تلازم العدالة، ولا الاجتهاد بنظرهم، ولو سلمنا عدالتهم واجتهادهم فإن ذلك لا يجعل إجماعهم دليلا شرعيّا لوضوح أن اتفاق جماعة من المجتهدين العدول لا يكون حكما شرعيّا يلزم المسلمين باتباعه، بل يكون حجة على خصوص من يقلدهم ...

(الشاوى) رأينا فى ... "تعليق ٥٩-" نحن نوافقه فى اعتراضه على الإشارة إلى إجماع الصحابة إذا كان المقصود هو الإجماع الكامل المطلق الملزم لجميع الأجيال، وهذا ليس هو المقصود فى هذه الأحوال بل المقصود هو مجرد اجتهاد من أغلبية الصحابة لا يمنع اجتهادا غيره فى أى جيل من الأجيال. وإذا جاز هنا استعمال كلمة الإجماع فهو فى نظرنا إجماع نسبي أو إجماع الجمهور فى زمن معين ومكان معين يمكن للمسلمين أن يتوصلوا إلى رأى يخالفه فيما بعد فهو اجتهاد يمكن مخالفته فى نظرنا ...

لذلك لا نقر أسلوبه فى نقد بعض السوابق المنسوبة إلى الصحابة ونعتقد أن الدافع لها سياسى وليس فقهيا ...

ولا نعتقد أن كثيرين حتى من الشيعة أنفسهم يشاركونه فى الدفاع عن المتعة التى يمكن عدها فى نظرهم مجرد إباحة استثنائية فى حالات تقتضيها ضرورات السفر أو الحروب ...

(الصدر) تعليق ... "تعليق ٦٠-" هذه الحجة تكرار للدعوى بعبارة أخرى ولا برهان فيها على الملازمة بين الامتناع بالحرب المستند إلى التأويل وبين عدم ضمان ما أتلفوه ...

(الشاوى) رأينا فى ... "تعليق ٦٠-" قول فقيهنا إنه لا ملازمة بين الامتناع بالحرب وبين عدم الضمان هو مجرد تعليل لعدم الضمان بأنه يشجعهم على وقف القتال وهو أول مقاصد أحكام الجريمة السياسية ...

(الصدر) ... "تعليق ٦١-" لا يعتمد فقهاء المذهب الجعفرى على مثل هذا الوجه الاستحسانى فى استنباط الأحكام الشرعية، فلا تصلح هذه الوجوه الثلاثة دليلا لأصحاب الرأى الأول وإن كان هو أصح القولين. والدليل الذى نعتمد عليه لإثباته هو سيرة أمير المؤمنين على (ع) مع البغاة فى الجمل وفى النهروان فإنه (ع) لم يضمن أحدا منهم ما أتلفه حال بغيه . وقد ذهب من علماء الشيعة إلى القول المضاد الشيخ أبو جعفر الطوسى فى كتاب الخلاف، واستند إلى عموم ما دل على القصاص، ومن البديهى عدم إمكان التمسك بالعموم المذكور مع الالتفات إلى =

(عوده) الطاعة [1] ...

وإذا كان البغاة لا يسألون عن الجرائم التى ارتكبوها أثناء الثورة من إهلاك للأنفس والأموال فإن لولى الأمر إن لم يعف عن جرائمهم أن يعاقبهم على خروجهم عن الطاعة بعقوبة تعزيرية إن رأى فى ذلك مصلحة، ولكن يشترط أن لا تكون هذه العقوبة القتل عـــند مالك والشافعى وأحمد؛ لأنهم لا يبيحون قتل الجريح ولا الأسير، فأولى ألا يباح قتل المستسلم . أما أبو حنيفة فيبيح قتل الأسير للمصلحة العامة، ويبيح قتل البغاة على أثـــر الظهور عليهم، فالقياس عنده أن يقتل الباغى تعزيرا. وعلى كل حال فإن سلطة القاضـــى فى الجـــرائم التعزيرية واسعة بحيث يجوز له أن يختار العقوبة الملائمة من عدة عقوبات، كما أن لولى الأمر حق العفو عن العقوبة كلها أو بعضها...

= سيرة أمير المؤمنين (ع) التى أشرنا إليها آنفا، فإن السيرة مختصة بهذا المورد، فهى أخص من الأدلة العامة، فيعتمد عليها دون الأدلة العامة ...

(الشاوى) رأينا فى ... "تعليق –٦١–" نحن لا نوافقه فى ترجيحه للأخذ بما ينسبه لسيرة أمير المؤمنين على بن أبى طالب فقط واعتراضه على من يحتجون بالرأى الاستحسانى الذى أدى إليه اجتهادهم؛ لأننا نعتقد أن اجتهادات أمير المؤمنين على بن أبى طالب يسرى عليها حكم اجتهادات الصحابة الآخرين؛ لأن أهل السنة لا يعترفون له ولا لآل البيت بالعصمة التى يتمسك بها الشيعة ويبالغون فى أحكامها ...

صحيح أن اجتهادات الصحابة لها قيمة تفوق اجتهادات غيرهم، لكن لا يجوز نسبة العصمة لهم، ولا حرمان من يأتون بعدهم من الحق فى الاجتهاد والتوصل إلى أحكام تخالف ما نقل عن بعضهم.

---

(١) نهاية المحتاج ج/٧ (ص:٣٨٦/٣٨٧)، البحر الرائق ج/٥ ص : ١٥٣، شرح الزرقانى ج/٨ ص:٦١، ٦٢، الأحكام السلطانية ص/٥٠، أسنى المطالب ج/٤ ص : ١١٤، المغنى ج/ ١٠ ص :٦٠،٦١، الشرح الكبير ج/١٠ ص :٦١،٦٢ .

❁ 80 ـ (ب) حالة الثورة أو الحرب الأهلية ـ الحياد بين الطرفين والمساواة بينهما:

(ب) أول المبادئ المقررة فى هذه الحالة هو أن من يدّعون أنهم أهل العدل لايجوز أن يجعلوا ذلك مبررا لاستئصال من يقاومونهم حتى ولو كانوا هم عادلين فعلا . مثل الإمام على بن أبى طالب .

وإذا وقع قتال، فإنه يجب أن يكون هدفه مجرد "ردع" المقاومين "البغاة" لاقتلهم ولا إفناؤهم – لذلك يجب أن يقاتل المهاجين فقط ولايطارد من أدبر وهرب – وألا يجهز على جريحهم ولايقتل أسيرهم أو من ألقى سلاحه منهم – وألا يصادر أموالهم ولايستولى على نسائهم وأطفالهم – لأن رسول الله قال "منعت دار الاسلام مافيها".

هذه هى المبادئ التى نفخر بها، لأنها وضعت بكل دقة وتفصيل القواعد الشرعية التى يجب الالتزام بها فى المعارك الداخلية بين أصحاب السلطة (سواء كانت سلطة شرعية أو بالاغتصاب والاستيلاء والقوة من باب أولى) وبين من يعارضونهم ويقاومون سلطتهم حاملين السلاح ضدهم لكنهم متأولون أى مستندون إلى أسباب شرعية. هذه هى المبادئ التى قررها الفقه لهذه المرحلة :

1 – أول هذه المبادئ أن الشريعة يجب أن تكون هى التى يحتكم لها الطرفان ـــ وأن يكونا على قدم المساواة فى الخضوع لمبادئها وأحكامها. فإذا كانت السلطة بيد مغتصب فهو أول من تطبق عليه الأحكام الشرعية .

2 – أن شريعتنا تضمن لجميع الأطراف حق الدعوة لآرائهم وأفكارهم وتقديم حجتهم وأدلتهم المستمدة من الشريعة لامن مجرد الواقع المفروض بالقوة أو القهر أو الأمر الواقع أو السلطة الفعلية .

3 – أن شريعتنا تقر للجميع بحق التجمع، وهو مايعبر عنه الآن بحق تكوين الهيئات أو الجمعيات أو الأحزاب التى تضم مجموعات لها موقف موحد – سواء كان هذا الموقف صوابا أو خطأ – مع ضرورة أن يستمدوا أدلتهم من الحقوق الانسانية أو الأساسية التى تقرها شريعتنا،وليس من بينها بالطبع حق الإلحاد أو التبرؤ من الالتزام بالشريعة أو الاعتراض على من يطالبون بها أو التنكر لعقائد الإسلام ومبادئه الأساسية.

4 – ليس من حق أى فريق أن يرفع شعار استئصال الطرف الآخر بحجة أنهم "طبقة بورجوازية" أو أنهم "مرتدون أو ملحدون" (مثلا) – وتحريم كل مايؤدى إليه ذلك الهدف الاستئصالى المحرم من الاعتداء على من لم يرفعوا السلاح أو الإجهاز على الجرحى أو من استسلموا أو أخذ رهائن من الأقارب أو النساء أو الأطفال ... إلخ .

❁ (جـ) الحكم بعد إنهاء الفتنة والحرب الأهلية :

وعلى ذلك، فإن الذين يأمرون " أجهزة الأمن" بقتل الجرحى أو المقبوض عليهم أو تعذيبهم (ويصدرون الأمر بأنهم لا يريدون معتقلين أو مصابين بل قتلى فقط) هؤلاء خارجون عن الشريعة ولايستحقون وصفهم بأنهم سياسيون ولو كانوا هم أصحاب السلطة الفعلية، ولايجوز أن توصف أفعالهم بأنها جرائم سياسية بل هى جرائم قتل أو تعذيب أو خطف عادية يطبق عليها القانون الجنائى العام .

إن هذه الأحكام يلتزم بها جميع الأطراف على قدم المساواة. وماورد فى حديثه عن "أهل العدل" لايجوز أن يفهم منه أنهم هم فريق الحائزين للسلطة الواقعية، بل الصحيح أن كل فريق فى هذه المرحلة يدعى أنه هو "أهل العدل"، ولاتوجد جهة محايدة تستطيع أن تفصل فى ادعاءاتهم سوى القضاء، لكن حالة الفتنة أو الثورة أو الحرب الأهلية لايمكن استدراج القضاء للفصل فيها إلا باتفاق الطرفين على تحكيم الشرع وبشرط أن يكون القاضى أيضا ملتزما بتطبيق الشرع لابالطاعة للقوى السياسية المفروضة أو الانحياز للسلطة القائمة .

(جـ) بعد انتهاء الثورة أو الحرب الأهلية أو الفتنة – يوصف المنتصر فيها بأنه "ولى الأمر" الفعلى الذى يمارس السلطة بحكم الأمر الواقع الناتج عن "التغلب" والانتصار العسكرى .

هنا يقرر الفقه أن تكون معاملة "المهزومين" بما يأتى :

يجب أن ترد لهم أموالهم – بل إن ماتلف منها فى غير قتال يجب أن تضمنه السلطة (المنتصرة) – على الرأى الراجح .

ثم إن ماأتلفه البغاة (المهزومون) فى ثائرة الحرب من نفس أو مال فهو هدر (أى لايضمنون التعويض عنه ولارده) إلا إذا كان خارج ماسماه (ثائرة الحرب) .

هذا هو الرأى الذى رجحه فقيهنا .

وهناك آراء أخرى أوضحها يفضل المساواة بين الطرفين .

وهو يستشهد على الرأى الذى رجحه بما حدث فى الفتنة بين الإمام على ومعاوية. حيث يقول: "إن الصحابة أجمعوا على ألا يقام حد على رجل ارتكب محرما بتأويل القرآن، ولايغرم (أو يضمن) مالا أتلفه بتأويل القرآن ".... (يراجع النص كاملا فى صـــ أ/274 ، أ/275).

❁ القضاء المستقل هو الذى يطبق الأحكام السابقة – وليس للمنتصر حق الانتقام :

أما ماينقله عقب ذلك من أقوال الفقهاء عن حق "ولى الأمر" (الفعلى بعد انتصاره) فى أن يعاقب من خرجوا عليه (المهزومين أو المستسلمين)، فإننا نعتقد أنهم يقصدون حالة الامام الشرعى الذى قضى على المقاومة والفتنة؛ لأننا نَعدّ كل مايقرره الفقه من حقوق لمن يسمونه "ولى الأمر" إنما يقصد به فقط ولى الأمر الشرعى الذى وصل إلى السلطة بالشورى الحرة. أما أن يسمى ولى الأمر لمجرد أنه "غلب" الطرف الآخر وانتصر عليه وفرض سلطته بالعصبية أو القوة، فلا نوافق عليه.

ثم إننا نتساءل عما إذا كان أحد من فقهائنا قد أعطوا لمعاوية والأمويين حقًا شرعيًا فى معاقبة من أيدوا سيدنا على بن أبى طالب أو شاركوا معه فى قتال معاوية وفى مقاومته، لكنا لم نجد من قال بذلك، بل إن الجميع استشهدوا بموقف سيدنا على بالنسبة للخوارج. ونحن نعتقد أنه مهما يكن مافعله الأمويون المنتصرون، فإن فقهاءنا لانعتقد أنهم أقروا لهم بالحق فى فرضه على الناس ولافى معاقبة من أيدوا الإمام على بن أبى طالب.

إننا نعيد ماقلناه مرارا من أن ولى الأمر فى هذه المسائل هم القضاة الشرعيون المستقلون عن السلاطين والأمراء، وأن المهزومين يجب أن يخضعوا لحكم القضاة فى شأن مارتكبوه قبل الثورة وفى أثنائها وبعدها طبقا للمبادئ التى ذكرناها بالنسبة لمرحلة القتال المسلح، أما بعدها فلا تقر الشريعة للغالبين بأى ميزة للمنتصرين ولو كان ذلك بحجة أنهم كانوا "أولياء الأمر" ولا لمجرد أنهم حصلوا على السلطة لأنهم قضوا على من قاوموهم أو انتصروا عليهم أو أبادوهم .

<عوده> ٨١ – *عقوبة البغاة أو المجرمين السياسيين في الشريعة الإسلامية* : ظاهر مما تقدم أن عقوبة البغاة تختلف باختلاف الأحوال. فالجرائم التي يرتكبونها قبل الثورة والحرب أو بعدها يعاقبون عليها بعقوباتها العادية؛ لأنها جرائم عادية لم تقع في حالة ثورة أو حرب. أما الجرائم التي ترتكب فى أثناء الثورة أو الحرب الأهلية، فما اقتضته منها حالة الثورة أو الحرب كمقاومة رجال الدولة وقتلهم؛ والاستيلاء على البلاد وحكمها، والاستيلاء على الأموال العامة وجبايتها، وإتلاف السكك والكباري، وإشعال النار في الحصون ونسف الأسوار والمستودعات وغير ذلك مما تقتضيه طبيعة الحرب – فهذه الجرائم هى الجرائم السياسية، وتكتفي الشريعة فيها بإباحة دماء البغاة، وإباحة أموالهم بالقدر الذي يقتضيه ردعهم والتغلب عليهم. فإذا ظهرت الدولة عليهم، وألقوا سلاحهم عصمت دماؤهم وأموالهم، وكان لولي الأمر أن يعفو عنهم، أو أن يعزرهم على خروجهم لا على الجرائم التي ارتكبوها فى أثناء خروجهم. فعقوبة الخروج إذن هى التعزير، وهو جريمة سياسية، أما عقوبة الجرائم التي تقتضيها حالة الحرب أو الثورة فهى القتل بالشروط التي ذكرناها سابقا ...

هذا هو حكم الجرائم التي تقع فى أثناء الثورة أو الحرب وتقتضيها طبيعة الحرب والثورة. أما الجرائم التي تقع من البغاة ولا تستلزمها طبيعة الثورة أو الحرب، فهذه تُعَدّ جرائم عادية يعاقبون عليها بالعقوبات العادية، ولو أنها وقعت فى أثناء الثورة أو الحرب، كشرب الخمر والزنا، وقتل أحد الثائرين زميلا له أو سرقة ماله[1] ...

---

(١) تكلمنا هنا عن البغي، أي الجرائم السياسية بالقدر الذي يبين الحدود الفاصلة بين الجريمة العادية والجريمة السياسية وبين العناصر الأساسية للجريمة السياسية. أما التفاصيل والدقائق فموضعها الجزء الثاني من كتابنا هذا حين نتكلم عن البغي كجريمة من الجرائم الخاصة ...

❁ 81 – أحكام البغي خاصة بالثوار فى حالة الثورة والحرب الأهلية وفى نطاقها:

الأفعال التى ترتكب قبل الثورة أو الحرب الأهلية أو بعدها ليست سياسية، بل تطبق عليها الأحكام العادية وما يكون منها جرائم يؤاخذ مرتكبها ويعاقب بعقوبتها العادية . ومعنى ذلك أن يحاسب من مارسوا السلطة قبل الثورة عن بغيهم إذا كانوا قد استولوا عليها بالقوة والغلب والعنف. لذلك لا يجوز الاعتقاد بأن هذه قاعدة خاصة بمن سماهم "البغاة"، فقد بينا من قبل أن الجميع قبل الثورة يخضعون لهذا المبدإ بمن فيهم من مارسوا السلطة قبل الثورة ومن مارسوها بعدها، فيجب أن تطبق عليهم الأحكام الشرعية بالنسبة للجرائم التى ارتكبوها وأن يعاقبوا عليها. والمختص بذلك هو القضاء الشرعى المستقل عن الدولة وعمن يمارسون السلطة،ولاحق لمن في السلطة فى أى حصانة أو امتياز يمنع خضوعهم للشريعة كغيرهم من الناس.

وإذا كان فقيهنا قد أشار إلى "البغاة"، فلأن الموضوع يتعلق بالأحكام الخاصة بهم قبل الحرب الأهلية أو الثورة وفى أثنائها وبعدها .

وقد سبق أن أشرنا إلى أن البغى الواقع ممن يمارسون السلطة يحاسبون عليه شرعا، وتخضع أعمالهم كلها للأحكام العادية، ولا تُعَدّ جرائم سياسية سواء وقعت منهم قبل الثورة أو الحرب الأهلية أو فى أثنائها أو بعدها .

إن من قاوموا السلطة الحاكمة بناء على تأويل شرعى، قد قرر الفقه لهم امتيازا خاصًا بأعمالهم التى ترتكب فى أثناء الحرب الأهلية أو الثورة. أما ما وقع قبل ذلك أو بعد الثورة فتطبق عليه قواعد العقاب العادية سواء وقع ذلك منهم أو من غيرهم، فالجميع سواء أمام شرع الله وأحكامه الجنائية .

* * *

إذن الأفعال التى تُعَدّ جرائم سياسية يشترط فيها شرطان :

أولهما : أن تكون قد وقعت فى أثناء الحرب الأهلية أو الثورة، وقد ذكر أمثلة عديدة منها،وأن تكون قد اقتضتها حالة الحرب أو المقاومة المسلحة للسلطة القائمة.

أما الشرط الثانى: المفهوم أن تكون هذه الأعمال وقعت من جانب الثوار المتأولين، أما ما وقع من أصحاب السلطة فالراجح أنهم لا يتمتعون بما يقرره الفقه للجرائم السياسية من امتيازات للمقاومين والثوار، وإنما تطبق عليهم القواعد العادية، وإن كان هناك رأى يسوى بينهم وبين الثوار فى المعاملة – وفقيهنا يرجح الرأى الأول – ونحن كذلك .

مسئولية مغتصبي السلطة تطبق عليها الأحكام العادية :

ولتسويغ ذلك يقول : إنه يكفى لردع الثوار أن شريعتنا أباحت لمن يتولون السلطة فعلا أن يحاربوهم ويهدروا دمهم، حسب تعبيره، ولكن بالقدر الذى يقتضيه ردعهم والتغلب عليهم لا بقصد إبادهم أو استئصالهم كما نشاهده اليوم فى النظم الانقلابية فى بعض الأقطار، حيث يعلن بعض المستبدين أن هدفهم استئصال من يقاومونهم .

– مع ذلك فإن لنا رأيا هو أن إباحة قتال الثائرين إنما تكون حقّا شرعيّا فقط لمن يمارسون السلطة الشرعية المستمدة من الشورى والالتزام بالشريعة . أما الانقلابيون والمغتصبون الذين اغتصبوا السلطة بالقوة والغلب، فلا نرى أن يباح لهم قتل معارضيهم، أو من يثورون عليهم – وإذا كان ذلك يتم التجاوز عنه فعلا أو واقعا وعملا بسبب عدم وجود قوة عليا تستطيع محاكمتهم ومحاسبتهم، فإن ذلك نقص فينا لا يجوز أن ننسبه إلى الشرع، بل الأصح أن الشرع يفرض علينا إقامة سلطة عليا تستطيع محاكمة جميع من يتولون السلطة على تجاوزاتهم سواء تولوا سلطتهم بطريق شرعى أو بطريق غير شرعى من باب أولى. بل إن هذا الصنف الأخير يؤاخذ على اغتصابه للسلطة بغيرالشورى وعلى تعطيل الشريعة واضطهاد من يتمسكون بأحكامها.

وهناك تحفظ أكده فى نهاية البند ونحن نؤيده، وهو أن الجرائم التى تُعَدّ سياسية ويتجاوز عنها فى أثناء الحرب الأهلية أو الثورة هى فقط ما تستلزمه وتقتضيه طبيعة الحرب أو المقاومة المسلحة ذكر منها (فى ص أ/276) مقاومة رجال الدولة وقتالهم، والاستيلاء على البلاد وحكمها، والاستيلاء على الأموال العامة وجبايتها، وإتلاف الطرق والجسور والكبارى، وإشعال النار فى الحصون ونسف الأسوار والمستودعات وهدمها، وأمثال ذلك مما تقتضيه طبيعة القتال والحرب....

أما الجرائم التى لاتقتضيها طبيعة القتال أو المقاومة ولا تستلزمها الثورة أو الحرب الأهلية وخصوصا منها مايقع على المدنيين المسالمين، فتبقى جرائم عادية ويحاسب كل من يرتكبها أيا كان الطرف الذى ينتمى إليه، يستوى فى ذلك الثوار ومن يمارسون السلطة. وقد ذكر أمثلة، منها شرب الخمر والزنا والاغتصاب وقتل أحد الثائرين أو المسيطرين زميلا أو زملاء له للاستئثار بالرئاسة أو السلطة على الثائرين ...... إلخ. ونحن نضيف لذلك كل عمل يقصد به إيذاء المدنيين الأبرياء، الذين لادخل لهم فى المعركة مع السلطة القائمة. أما قول البعض بجواز تعزير الخارجين على السلطة فلا نوافق عليه، وهذا موضوع نعود إليه فى القسم الخاص إن شاء الله.

<عوده> ٨٢ - *بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية*: كانت القوانين الوضعية إلى ما قبل الثورة الفرنسية تَعُد الجريمة السياسية أشد خطرا من الجريمة العادية، وكانت تعامل المجرم السياسي معاملة تتنافى مع أبسط قواعد العدالة فتعاقبه بعقوبات قاسية، وتصادر ماله وتأخذ أهله بذنبه، وتحرمه من الحقوق التي يتمتع بها المجرمون العاديون. ثم ابتدأت القوانين الوضعية تغير نظرتها إلى الجريمة السياسية بعد الثورة الفرنسية، وبعد أن كثرت الثورات في البلاد الأوربية، وتعددت الانقلابات في النظم السياسية، فأصبح المجرم السياسي ينظر إليه نظرة عطف وإشفاق، ووضعت للجرائم السياسية عقوبات هي في مجموعها أخف من العقوبات العادية ...

وقد اختلف الشراح في المميز الذي يميز بين الجريمة العادية والجريمة السياسية، فرأى فريق أن المميز الوحيد هو غرض المجرم من الجريمة، فإن كان يرمي إلى تحقيق غرض سياسي فالجريمة سياسية وإلا فهي عادية. وعيب هذا المذهب أنه يحكِّم الباعث على الجريمة في تحديد ماهية الجريمة، ويخول للقتلة والسارقين أن يتمتعوا بمميزات لا يصح أن يتمتعوا بها. ورأى فريق آخر أن العبرة في تحديد نوع الجريمة بطبيعة الحق المعتدى عليه بصرف النظر عن الدافع إلى الجريمة؛ فلا تُعَد جريمة سياسية طبقا لهذا الرأي إلا الجريمة التي تمس كيان الدولة أو نظامها. وعيب هذا الرأي أنه يجعل بعض الجرائم التي لا شك في أنها سياسية جرائم عادية، كالجرائم التي ترتبط بأعمال الثورة أو الحرب الأهلية ...

وقد رأى فريق من الشراح أن يفرقوا بين الجرائم التي ترتكب في حالة ثورة أو حرب أهلية، والجرائم التي ترتكب في الأحوال العادية، وعَدُّوا الجرائم التي تقع في الأحوال العادية جرائم عادية ولو كانت الدوافع فيها سياسية، أما الجرائم التي تقع فى أثناء الثورة أو الحرب الأهلية فهي جرائم سياسية إذا كان للجريمة علاقة بالثورة أو الحرب الأهلية، وكانت من الأفعال التي تبيحها الحرب النظامية وإلا فهي جريمة عادية. وهذا الرأي هو الذي أقره معهد القانون الدولي ...

والاتجاه الحديث في القوانين الوضعية يَعُدّ الجرائم الموجهة ضد النظام الاجتماعي، كجرائم الشيوعية والفوضوية، جرائم عادية. كما يعتبر كل الجرائم الماسة باستقلال الدولة جرائم عادية ؛ لأنها تمس الوطن ولا تمس نظام الحكم والحكام، وهذا هو الرأي

﴿عـــودة﴾ الذي أقره معهد القانون الدولي في سنة (١٨٩٢) حيث قرر أنه لا يعد من الجرائم السياسية من حيث تطبيق قواعد تسليم المجرمين الأعمال الجنائية الموجهة ضد النظام الاجتماعي[١] ...

ويتبين مما سبق أن أحدث الآراء في القوانين الوضعية تَعُدّ الجريمة سياسية إذا كانت موجهة ضد الحكام وشكل الحكم الداخلي فقط، لا ضد النظام الاجتماعي ولا ضد الدولة واستقلالها وعلاقتها بغيرها من الدول، وبشرط أن تقع في حالة ثورة أو حرب أهلية، وأن تكون مما تقتضيه طبيعة الثورة أو الحرب. وهذا يتفق تماما مع الحدود التي وضعتها الشريعة للجريمة السياسية من ثلاثة عشر قرنا. ولا فرق بين الشريعة والقوانين في هذه النقطة، إلا أن الشريعة قد سبقت بالتفرقة بين الجرائم العادية والسياسية، وتحديد الجرائم السياسية، وأن القوانين تسير في أثر الشريعة وتأخذ بمبادئها ... .

(١) الموسوعة الجنائية ج/٣ص/٤٧:٥٣،شرح قانون العقوبات لكامل مرسي والسعيد مصطفى ص/٧٩-٨٩، القانون الجنائي لعلي بدوي ص:٧٦- ٨٨، القانون الجنائي لأحمد صفوت ص/٧٣:٧٦ ...

ظاهر أن ما توصلت إليه القوانين العصرية والفقه الحديث من تخصيص أحكام لصالح مرتكبى الجرائم السياسية والاعتراف بصفة المحاربين للثوار قد قررته الشريعة قبلهم بقرون طويلة – بل إن كثيرا مما قررته الشريعة فعلا ما زال أملا يجاهد الشراح المحدثون فى القوانين الوضعية من أجل الوصول إليه .

وفى الوقت الذى كان فيه فقهاؤنا يعلنون هذه المبادئ ويطبقونها، كانت الشعوب الأخرى تَعُدّ الجرائم السياسية أشد خطرا من الجرائم العادية، وكانت تجيز استعمال أشد أنواع القسوة لمعاقبتهم بل وللقضاء عليهم وإبادتهم واستئصالهم . ومازال الحال كذلك فى النظم الانقلابية والدكتاتورية .

لكننا نتحفظ على قوله فى نهاية عرضه (ص أ/293): "إن القوانين الوضعية وشراحها يَعُدّون الجريمة سياسية إذا كانت موجهة ضد الحكام أو شكل الحكم، وبشرط أن تقع فى حالة ثورة أو حرب أهلية، وأن ذلك يتفق مع الحدود التى وضعتها الشريعة للجريمة السياسية" .

ونستلفت النظر إلى أن بحثه فى موضوع البغاة سيكون فى القسم الخاص، وخصوصا أن هناك من يعترضون على وجود حد للبغى[1]. بل إن الأستاذ الدكتور/ العوا يصر على أنه لا توجد جريمة بغى. أما هنا، فالكلام محصور فى المعاملة الخاصة للثوار فى الحرب الأهلية أو الثورة. فالتشابه بين أحكام الفقه والقوانين العصرية وشراحها فى هذا النطاق قد يكون مقبولا، لكن لا يوجد تشابه فيما قرره فقهاؤنا بشأن خضوع أصحاب السلطة لما يخضع له غيرهم من المعارضين قبل الثورة وبعدها، وهو مبدأ أساسى فى شريعتنا التى تلزم الحكام بالخضوع لأحكامها فى جميع الأحوال، على قدم المساواة مع غيرهم – وهو أمر لا تذهب إليه كثير من النظم الوضعية لأن الحكام هم الذين يفرضونها ويحرصون على الاحتفاظ لأنفسهم بحصانات وامتيازات بحجة أنهم يمثلون "الدولة" .

---

[1] مشروع تقنين الحدود الذى أعدته اللجنة العليا لتقنين الشريعة بالأزهر سنة **1976** لم يذكر "البغى" ضمن الحدود، واكتفى بستة جرائم فقط .

وكذلك مشروع اللجنة العليا بوزارة العدل لتقنين الشريعة، ومشروع قانون العقوبات المعدل طبقا لأحكام الشريعة الذى أعدته لجنة مجلس الشعب. وسوف نعلق على هذه المشروعات فيما بعد إن شاء الله (فى المجلد الثالث) .

❁ بغي السلطة المستبدة جرائم عادية لاتحظى بما تقرر للجرائم السياسية :

الظاهر أن أغلب هذه الأحكام مصدره ماقام به سيدنا على بن أبي طالب فى معاملته للخوارج الذين انشقوا عليه وثاروا ضده، وأنه يقصد بها توفير أسباب إنهاء الحرب الأهلية أو الثورة لتأمين المدنيين المسالمين الذين لادخل لهم فى الفتنة لكنهم يتحملون كثيرا من آثارها .

كما أن تسمية "البغاة" ذاتها ووصف السلطة القائمة بأنها "أهل العدل" من مصطلحات هذه الفتنة التى أدت إلى مقتل الخليفة الرابع، ولذلك فإن هذه المعاملة المقررة لمن ثاروا عليه هى الحد الأدنى الذى يجب الالتزام به فى حالة الثورة أو الحرب الأهلية . فهى تقابل مايوصف فى القوانين المعاصرة بأنه حالة الحرب الأهلية، والاعتراف للثوار بصفة المحاربين، فأعمالهم فى أثناء الثورة التى تقتضيها الثورة والقتال هى وحدها التى تعامل هذه المعاملة .

ومع ذلك، فإن تاريخنا قد شهد كثيرا من الثورات ضد من استولوا على السلطة بقوة السيف والعصبية دون شورى ولابيعة حرة، وانتهت بهزيمة الثوار والقضاء عليهم، كما حدث للإمام الحسين بن على وعبد الله بن الزبير وأمثالهم. ولاشك فى أن مثل هؤلاء الذين خرجوا على من عرفوا بالظلم والاستبداد هم أولى بأن تطبق على أعمالهم هذه الأحكام بل ماهو أفضل منها، وأن يطبق على أصحاب السلطة عقاب ما ارتكبوه من جرائم، أولها اغتصاب السلطة دون شورى بناء على العصبية والقوة والبغى والقهر.

لذلك نرجو ألا يُفهم أن صفة "البغي" أو عقوبته (سواء كانت حدّا أو تعزيرا) لاتطبق إلا على من يثورون ضد الحكام أو يقاومونهم، أو أن فقهاءنا لا يرون مؤاخذة الحكام وأعوانهم الذين يبغون على الناس ويظلمونهم باعتبارهم بغاة . بل القصد من ذلك أن جرائم هذا الفريق، أى الظالمين من الحكام وأعوانهم الذين يستخدمون سلطان الدولة للبغى على الناس والقضاء على من يعارضونهم أو يقاومونهم، واستئصالهم، تُعَدّ أفعالهم جرائم عادية فلا يتمتعون بالميزات التى قررها الفقه للجريمة السياسية أى للثائرين.. (المتأولين الذين يُعَدّ هدفهم سياسيّا لأنهم يواجهون سيطرة الحكام وقوة الدولة ويطالبون بحقوق سياسية يعتقدون أن لها سندا شرعيّا) .

أما مجرد الرغبة فى البقاء فى السلطة المغتصبة دون شورى أو احتكارها، فلا يجوز اعتباره هدفا سياسيا بل هو غاية شخصية أنانية تستدعى التشديد لا التخفيف.

إن هذا الصنف من السلاطين الظالمين أو الباغين من أصحاب السلطة الواقعية المفروضة لا يقصدون التضحية بأنفسهم من أجل هدف عام للشعوب مثل المتأولين

مغتصبو السلطة المستبدون أولى الناس بأن يعاقبوا على بغيهم :

الذين يثورون عليهم، بل إنهم يستخدمون سلطات الدولة وقوتها لأهداف أنانية هى البقاء فى السلطة التى تضمن لهم فى كثير من الأحيان ألا يتعرضوا لأخطار شخصية يتحملها عادة أعوانهم من الجنود والأتباع المأجورين أو المنتفعين .... أما هم فلديهم فرص كبيرة للهروب بما معهم من أموال وثروات اغتصبوها أثناء ممارسة السلطة.

إذا كانت القوانين الوضعية تقصر صفة البغاة على من تكون أفعالهم ضد الحكام أو نظام الحكم القائم وكان شراحها يقرون ذلك - فإن هذا يرجع إلى أن تلك القوانين البشرية تضعها الدولة وحكامها لصالحهم ويصفونها بأنها تعبير عن إرادة الدولة .

أما شريعتنا الإلهية، فهى تعاقب على بغى أصحاب السلطة وتَعُدّه جريمة عادية. إن فقهنا لا يعطى للحكام ميزة حسبان جريمتهم سياسية بل يعاقبون على جريمة عادية لأن شريعتنا تعبير عن إرادة الله سبحانه وتعالى، وليست من صنع السلاطين ولا الدولة التى يسيطرون عليها. وشريعتنا تؤاخذ الحكام والمحكومين على السواء، فإن كان هناك بغى فهى تعاقب عليه سواء وقع من جانب الأفراد أو من جانب الحكام. ونحن نعتقد أن فقهاء الشريعة لا يجارون القوانين الوضعية أو شراحها فى القول بالعقاب على بغى الأفراد دون بغى الأمراء والحكام المستبدين لأنهم هم الذين وضعوا القوانين الوضعية لصالحهم ولصالح سلطتهم هم وأعوانهم .

لذلك لا نوافق على قوله إن ما تقرره النظم الوضعية يتفق مع ما قررته الشريعة.

إن الفقيه الشهيد أورد ما يدل على أن كبار أئمتنا لم يتجاهلوا بغى الأمراء والحكام - ويكفى أنه أورد ما قاله الإمام مالك[1] من أن المقُوم عليه (أى الحاكم الذى تقوم الثورة ضده) إذا كان على نهج غير النهج الذى كـــان عليه عمر بن عبد العزيز، أى إذا كان ظالما أو مغتصبا للسلطة، فليس على الناس أن يدافعوا عنه حتى ولو كان من ثاروا عليه بغاة أو ظالمين؛ بل عليهم أن يتركوه وما يراد منه حتى ينتقم الله من ظالم بظالم (2) ... هذا يكفى لإدانة بغى السلطان أو الأمير أو الرئيس الذى ثار عليه "البغاة" وهو الذى وصفه بأنه "المقُوم عليه" ويستوجب ذلك ألا تُعَدّ جريمته سياسية بأى حال من الأحوال .

إن القاضى عبد القادر عوده -رحمه الله- عندما كان يُعدّ هذا الكتاب لم يكن يتوقع أنه سيكون ضحية بغى الطغاة أو أنه سيغتال ظلما وعدوانا ممَن اغتصبوا ولاية الحكم فى

(2،1) هامش (3) فى نهاية البند (77) .

❁ كل ماتقرر لصالح مرتكبي الجرائم السياسية لايستفيد منه من يستولون على السلطة بدون حق :

ظلام الليل ونكلوا بالأحرار لمجرد أنهم دعوهم للاحتكام لإرادة الشعب وتسليم السلطة لمن تختارهم الأمة بالانتخاب الحر، وأن يعترفوا بسيادة الأمة والالتزام بشريعتها.

ولو أنه أتيح له أن يكتب فى هذا الموضوع الآن، فإننى واثق بأنه سيؤكد ما قلناه وما فهمناه من أقواله عن الأصل العام فى شريعتنا، وأنها تحاسب الحكام والأمراء وأصحاب السلطان على بغيهم، وأكثر من ذلك فإنها لاتَعُدُّ جرائمهم سياسية .

إن فقهاء الشريعة وقضاتها عليهم أن يطبقوا حد البغى أو عقوبته، إذا توافرت شروطها وعددناها جريمة حدية أو تعزيرية، وأول من تطبق عليهم هم أصحاب السلطان الذين يبغون على الناس ويظلمونهم من الحكام المستبدين ومن يعملون لحسابهم من الأعوان والأتباع كما يطبقونه على من يثورون على "الإمام"..... (بل إن هؤلاء تُعَدّ جرائمهم سياسية لها معاملة خاصة) وأن من واجب جميع المنصفين أن يطالبوا بتطبيق عقوبات البغى على الظالمين الذين ارتكبوا الظلم وهم فى السلطة .

إننا يجب أن نلاحظ أنه إنما يتكلم فى هذا الموضوع عن الطابع السياسى لعمل الثوار، وأن عَدّ أفعالهم جرائم سياسية معناه عدم تطبيق بعض أحكام العقوبات العادية عليهم – أى إعطاء بعض المزايا للمتهمين المقاومين لأصحاب السلطان نظرا لأنهم متأولون، أى أن الباعث على الجريمة وهدفها ليس شخصيا وإنما هو شرعى وسياسى لاعتقادهم (ولو كان خاطئا) بأن الحاكم الذى يثورون عليه قد انحرف أو أنه لا حق له فى الولاية، ولاستعدادهم للتضحية بأنفسهم من أجل هدف شرعى وسياسى يَعُدُّونه لمصلحة الأمة أو الجماعة، ولو كان تقديرهم خاطئا أو نتيجته غير مضمونة فى أكثر الأحوال .

معنى ذلك أن جرائم البغى التى تقع من جانب الحاكم الظالم المنحرف يعاقب عليها بعقوبة الجرائم العادية. وسنرى فى بحثنا عن جريمة البغى إن كانت عقوبتها حدا أم أنها يعاقب عليها بالتعزير. المهم أنه لا تعطى لمرتكبيها من الحكام المزايا التى يقررها الفقه للجرائم التى تُعَدّ سياسية .

إن هذا يفسر لنا إفاضته وإفاضة فقهنا فى تحديد المقصود من البغاة الذين تُعَدّ جريمتهم سياسية، والشروط التى يرون مراعاتها لتمتعهم بهذا الامتياز، والمعاملة الخاصة التى يوجبون مراعاتها نحوهم قبل الثورة وأثناءها وبعد انتهائها، وأن حسبان جرائمهم سياسية يعنى أن لها معاملة خاصة، وأن فقهنا قرر ذلك كله قبل أن تتجه إليه القوانين الوضعية بقرون كثيرة .

موضوعات وآراء
ندعو الباحثين لمناقشتها ومتابعتها
فى البنود والأجزاء التالية

****

أ — فى الحواشى :

١ — التمييز بين الشريعة بمعناها الضيق (الكتاب والسنة) والشريعة بمعناها الواسع الذى يشمل الفقه بجميع مذاهبه (حواشى البنود من ١—٥).

٢ — صعوبة استعمال المصطلحات والتبويب العصرى (البنود ٢، ١١، ١٢).

٣ — ضرورة التمييز بين التقنين الشرعى (الفقهى) والقوانين الوضعية .
(الحواشى على البنود ٤، ٥، ٢٠).

٤ — العلاقة بين التجديد والاجتهاد الجماعى. (الحواشى على البنود ٥، ٩، ١٩، ٢٠).

٥ — التكامل بين الدراسات المقارنة فى التشريع الجنائى (عبد القادر عوده) ومصادر الحق المدنى (السنهورى) (البند ١٧).

٦ — المميزات الجوهرية للشريعة (ثبات المنابع وسمو المقاصد والطابع الدينى والجزاء الأخروى) (الحواشى على البنود ١١، ١٢، ١٤، ١٦).

٧ — النظريات التشريعية هى أصول الشرعية ومبادئها العامة (حاشية البند ٢١).
أول هذه الأصول مبدأ المساواة الإنسانية ومساواة المرأة والرجل فى إطار تضامن الأسرة والتكامل والتوازن فى الحقوق والواجبات بين أعضائها وتنوع اختصاصات كل منهم لصالح الأسرة والأطفال. (الحواشى على البنود ٢٠، ٢١).

٨ — الحريات المتعددة، وأولها حرية الفكر والتفكير والاعتقاد فى نطاق النظام العام والتضامن الاجتماعى . (الحواشى على البنود ٢٣، ٢٤، ٢٥).

٩ — الإجماع هو العزم المشترك على التزام الجميع بقرار الشورى رغم صدوره بالأغلبية أو الجمهور . (بند ٢٧).

١٠ — الشورى نظرية عامة للتكامل فى الرأى، وهى أساس النظام السياسى بما فيه التقنين. أما الإجماع فهو أساس التزام الكافة بقرارات الشورى بما فيها التقنين الفقهى الذى هو فى الأصل فتوى فقهية غير ملزمة . (بند٢٧).

١١ – الشورى هى أساس نظرية الولاية التعاقدية وحق الأمة فى تعيين الحكام ومحاسبتهم وعزلهم . (الحواشى على البنود ٢٧، ٢٨).

١٢ – نظرية الزواج التعاقدى الرضائى هى أساس إباحة الطلاق وجواز تعدد الزوجات. (الحواشى على البنود ٢٩، ٣٠).

١٣ – ضرورة التمييز بين الاستشهاد والتوثيق وبين أحكام الإثبات . (بند ٣٢، ٣٤، ٣٦).

١٤ – نتائج الطابع الدينى لشريعتنا :

أ – أنه أساس وجود الأحكام التكليفية .

ب – الجزاء الجنائى القضائى ضرورة استثنائية مكملة للجزاء الأخروى .

جـ – يفرض سيادة الأحكام الشرعية على الدولة والمجتمع بجميع مؤسساته .

د – يجعل القضاء الممثل للشريعة مستقلا بتطبيق الحدود والجزاءات الجنائية .

هـ – ويحول فى نظرنا دون إعطاء الأفراد حقا فى ممارسة اختصاصات القضاء بحجة الإهدار . (البحث الإضافى بعد البند ٣٩).

١٥ – الجزاءات الجنائية كلها لصالح المجتمع (الحواشى على البنود ٤٢، ٤٣، ٧٤).

١٦ – ضرورة التقسيم الموضوعى للجرائم بحسب الحقوق المعتدى عليها، وهو أساس التفرقة بين الحدود والقصاص والتعازير (البنود ٥٠، ٥١).

١٧ – التعازير عامة فى جميع الجرائم والعقوبات المقررة حدًا أو قصاصا، استثنائية فى حالة وجود ظروف مشددة . (البند ٥٢).

١٨ – التلبس والعلانية والمجاهرة الاستفزازية هى ظروف مشددة فى جرائم العرض (الزنا والقذف). (البنود ٥٥، ٥٦).

١٩ – فى الجرائم السياسية تفرض شريعتنا معاملة خاصة للثوار المتأولين ولا تعترف بها لمغتصبى السلطة . (الحواشى على البنود ٧٥، ٧٦، ٧٧).

٢٠ – لا يمكن عد أعمال الحكام الباغين جرائم سياسية . (البند ٨١).

ب – فى تعليقات الشيعة :

بعض آراء المذهب الجعفرى (الشيعى) التى أوردها " السيد الصدر " وأيدناها :

١ – اتجاه المذهب الشيعى لتقييد حق الزوج فى الطلاق .

أيدناه فى رأينا على تعليقى رقمى (٥١، ٤٨) على البند (٢٩) بعنوان نظرية الطلاق.

٢ – اشتراط حضور شاهدين لصحة الطلاق .

أيدناه فى رأينا على تعليق رقم (٥١) على نفس البند .

٣ – نطاق المعاصى الشرعية أوسع من الجرائم الجنائية .

رأينا فى التعليق رقم (١) على البند (٤١) .

٤ – قول "السيد الصدر" فى تعليق (٥) إن العقوبة البدنية هى التى تُعَدُّ وحدها حدا وإن الكفارات ليست حدّا .

وقد أيدناه فى رأينا على هذا التعليق، وفى تعليقنا على البند (٤٧٣) .

فهرس المقدمات (أ)

مقدمة عامة للدكتور توفيق الشاوى

الصفحـــة

رقم البند — الصفحة

تقديم وتوجيه " عوده "
تعليقات " الصدر "
الحاشية " الشاوى "

رقم البند		الصفحة
٢٢	– نظرية مساواة المرأة بالرجل	أ ـ ٦٥
22	– نظرية مساواة المرأة بالرجل ونظريات الأسرة	أ ـ ٦٧
	– المساواة لاتعنى التماثل فى المجتمع ولا فى الأسرة	أ ـ ٦٨
	– تنوع الاختصاصات بين أعضاء الأسرة لايخل بالمسئولية..........	أ ـ ٦٩
	– أهمية حصانة الأسرة وأثرها فى تشريعنا الجنائى	أ ـ ٧٠
٢٣	– نظرية الحرية	أ ـ ٧١
٢٤	– حرية التفكير	أ ـ ٧١
٢٤،23	– نظريات الحريات المتنوعة	أ ـ ٧٣
	– حرية التفكير لاتبرر مهاجمة أصول المجتمع..........................	أ ـ ٧٤
٢٥	– حرية الاعتقاد	أ ـ ٧٥
25	– حرية الاعتقاد أساسها لا إكراه فى الدين	أ ـ ٧٨
	– شريعتنا تضمن لجميع الطوائف الدينية أمناً وسلاماً	أ - ٧٩
	– حماية معتقدات الأقليات لا تكون على حساب عقيدة الأغلبية	أ ـ ٨٠
	– الإلحاد أصبح له كنيسة تضطهد الأديان	أ ـ ٨١
	– المطالبة بتطبيق الشريعة هى مطالبة بحرية العقيدة...............	أ ـ ٨٢
	– بعض المسئولين عندنا يتباهون بمقاومة الفكر الإسلامى ليتقربوا إلى القوى الأجنبية	أ ـ ٨٣
٢٦	– حرية القول	أ ـ ٨٤
26	– حرية القول وآداب الاختلاف	أ ـ ٨٨
٢٧	– نظرية الشورى	أ ـ ٨٩
27	– الشورى توفق بين حرية الرأى والالتزام بقرار الجمهور	أ ـ ٩٨
	– القرآن فرض الشورى نظاما للجماعة	أ ـ ٩٩
	– اجتماع السقيفة طبق الشورى فى إنشاء الدولة	أ ـ ١٠٠

رقم البند الصفحـــــة

بحث إضافى
للدكتور توفيق الشاوى

رقم البند		الصفحة
(95)	ـ أحكام الشريعة تعلو على جميع السلطات البشرية	أ ـ ١٧٤
	ـ ب ـ مميزات التشريع والفقه الجنائي الإسلامي بصفة	
(96)	خاصة	أ ـ ١٧٥
(97)	ـ المجاهرة بالمعصية تستوجب تشديد العقوبة	أ ـ ١٧٦
(98)	ـ الجزاء الجنائي له صفة استثنائية	أ ـ ١٧٧
(99)	ـ الجزاء الجنائي يطبق على نسبة ضئيلة من الجرائم	أ ـ ١٧٨
(100)	ـ الجزاء الأخروي هو الأصل	أ ـ ١٧٩
	ـ الإهدار ليس معناه أن يقوم الأفراد بتنفيذ العقوبات	
(101)	دون محاكمة عادلة	أ ـ ١٨٠
	ـ جـ ـ خصائص المرحلة الحاضرة في فقهنا الجنائي ـ	
(102)	ضرورة التنظير والتقنين	أ ـ ١٨١
	ـ التقنين يتولاه أهل الاجتهاد حتى لا تتحول التقنينات	
(103)	إلى قوانين وضعية	أ ـ ١٨٢
	ـ أولياء الأمر في التقنين هم العلماء والفقهاء	
(104)	لا الدول ورؤساؤها	أ ـ ١٨٣
(105)	ـ أهل العلم والخبرة هم أهل الاجتهاد وواجبهم التنظير	أ ـ ١٨٤
(106)	ـ تأصيل أحكام التعازير عن طريق النظريات	أ ـ ١٨٥
(107)	ـ التنظير توسيع في مجال القياس والاجتهاد	أ ـ ١٨٦
(108)	ـ أهمية التنظير في عصرنا وفي المستقبل	أ ـ ١٨٧
	ـ النظريات التشريعية عامة على جميع فروع الفقه	
(109)	وليست خاصة بالتشريع الجنائي	أ ـ ١٨٨
	ـ نموذج لاستنباط نظرية حرمة أسرار الحياة الخاصة	
(110)	كأساس لأحكام التفتيش	أ ـ ١٨٩
	ـ وجوب التعمق في تفسير النصوص الشرعية لاستنباط	
(111)	نظريات تشريعية أساسها الكتاب والسنة..............................	أ ـ ١٩٠

رقم البند		الصفحة
	ـ النظريات التى أوردها ليست على سبيل الحصر ويجب علينا مواصلة التنظير فى الحاضر والمستقبل لتجديد الفقه وتنمية أحكامه	أ ـ ١٩١ (112)

القسم الأول من الكتاب الأول

٤٠	ـ سنتكلم فى هذا القسم على موضوعين	أ ـ ١٩٢

الباب الأول ـ ماهية الجريمة

٤١	ـ تعريف الجريمة	أ ـ ١٩٢
41،40	ـ الكتاب الأول عن الجريمة ـ القسم الأول منه	أ ـ ١٩٤ (113)
٤٢	ـ الجريمة والجناية	أ ـ ١٩٥
٤٣	ـ علة التحريم والعقاب	أ ـ ١٩٥
43،42	ـ الجنايات هى الجرائم الخطيرة	أ ـ ١٩٨ (114)
	ـ لانقر القول بأن بعض الأحكام الجنائية مقررة لصالح الفرد وحده	أ ـ ١٩٩ (115)
٤٤	ـ الشريعة والقانون	أ ـ ٢٠٠
٤٥	ـ الوجه الأول من الخلاف بين الشريعة والقانون	أ ـ ٢٠٠
٤٦	ـ الوجه الثانى من الخلاف بين الشريعة والقانون	أ ـ ٢٠١
٤٧	ـ مايترتب على كون الشريعة من عند الله	أ ـ ٢٠٢
44 - 47	ـ أهمية الطابع الدينى فى شريعتنا	أ ـ ٢٠٤ (116)
	ـ تجريم التعازير يتبع ما قررته الشرعية بشأن المعاصى الدينية	أ ـ ٢٠٥ (117)
	ـ استقلال الشريعة وسيادتها أساسه أنها من عند الله	أ ـ ٢٠٦ (118)
	ـ ولاية القضاء من اختصاص أهل الاجتهاد	أ ـ ٢٠٧ (119)
٤٨	ـ الجرائم التأديبية أو الأخطاء الإدارية	أ ـ ٢٠٨
48	ـ التعزير والتأديب	أ ـ ٢١٠ (120)
٤٩	ـ الجريمة المدنية	أ ـ ٢١١
49	ـ لانعرف مايسمى بالجريمة المدنية	أ ـ ٢١٣ (121)

رقم البند		الصفحة
	الباب الثانى ـ أنواع الجريمة	
٥٠	ـ تتفق الجرائم جميعا فى أنها فعل محرم معاقب عليه	أ ـ ٢١٥
50	ـ التقسيم الموضوعى للجرائم وحقوق الانسان	أ ـ ٢١٧ (122)
	الفصل الأول	
٥١	ـ تنقسم الجرائم بحسب جسامة العقوبة	أ ـ ٢١٨
51	ـ نفضل التقسيم الموضوعى على أساس أهمية الحقوق الإنسانية والقيم الاجتماعية	أ ـ ٢٢٤ (123)
	ـ التمييز بين تقسيم العقوبات وتقسيم الجرائم	أ ـ ٢٢٥ (124)
	ـ نتائج عد التعزير عاما على جميع الجرائم	أ ـ ٢٢٦ (125)
٥٢	ـ أهمية التقسيم	أ ـ ٢٢٧
52	ـ رأينا فى أساس التفرقة بين جرائم الحدود والقصاص ...	أ ـ ٢٣٠ (126)
	ـ ضرورة بيان الظرف المشدد الذى يستوجب العقوبة المقررة حدّا أو قصاصاً	أ ـ ٢٣١ (127)
	ـ نتائج عَدّ التعزير عاماً على جميع الجرائم	أ ـ ٢٣٢ (128)
	ـ لايكفى لتوقيع عقوبة الحد أو القصاص ثبوت الظرف المشدد بل يجب أيضا ثبوت أركان الجريمة التى تستحق التعزير	أ ـ ٢٣٣ (129)
	ـ	أ ـ ٢٣٤ (130)
	الفصل الثانى	
٥٣	ـ تنقسم الجرائم بحسب قصد الجانى إلى جرائم مقصودة وغير مقصودة	أ ـ ٢٣٥
٥٤	ـ أهمية هذا التقسيم	أ ـ ٢٣٦
54،53	ـ التفرقة بين الجريمة العمدية وجرائم الخطإ وشبه العمد	أ ـ ٢٣٧ (131)
	الفصل الثالث	
٥٥	ـ تنقسم الجرائم بحسب وقت كشفها	أ ـ ٢٣٨
٥٦	ـ أهمية هذا التقسيم	أ ـ ٢٣٩

رقم البند		الصفحة
55، 56	ـ التلبس والعلانية أو المجاهرة الاستفزازية	أ ـ ٢٤١ (132)
	ـ جريمة الزنا الحدية تستلزم ثبوت العلانية والمجاهرة بالفاحشة	أ ـ ٢٤٢ (133)
	ـ جريمة العلاقات الجنسية غير المشروعة	أ ـ ٢٤٣ (134)

الفصل الرابع

٥٧	ـ تنقسم الجرائم إلى إيجابية وسلبية	أ ـ ٢٤٤
٥٨	ـ الجريمة الإيجابية التي تقع بطريق السلب	أ ـ ٢٤٤
٥٩	ـ متى يُعَدّ الممتنع مسئولاً	أ ـ ٢٤٦
57 - 59	ـ العقاب على ارتكاب الجرائم العمد بمجرد الامتناع	أ ـ ٢٤٨ (135)
٦٠	ـ الشريعة والقوانين الوضعية	أ ـ ٢٤٩
٦١	ـ الفرق بين الشريعة والقانون	أ ـ ٢٥٠
60، 61	ـ الامتناع عن واجب يفرضه العرف فى الجرائم العمدية	أ ـ ٢٥١ (136)

المبحث الثانى ـ فى تقسيم الجرائم بحسب كيفية ارتكابها

٦٢	ـ تنقسم الجرائم فى الشريعة بحسب كيفية ارتكاب الجانى لها إلى جرائم بسيطة وجرائم اعتياد	أ ـ ٢٥٢
٦٣	ـ أهمية هذا التقسيم	أ ـ ٢٥٤
٦٤	ـ الشريعة والقوانين الوضعية	أ ـ ٢٥٦
٦٥	ـ الجرائم التى تتكون من أفعال متلاحقة	أ ـ ٢٥٦
٦٦	ـ الفرق بين الأفعال المتلاحقة وجريمة العادة	أ ـ ٢٥٦
٦٧	ـ العلة فى اعتبار الأفعال المتلاحقة جريمة واحدة	أ ـ ٢٥٧
62 - 67	ـ الجرائم البسيطة وجرائم الاعتياد والتكرار	أ ـ ٢٥٩ (137)

المبحث الثالث ـ فى تقسيم الجرائم إلى جرائم مؤقتة وجرائم غير مؤقتة

٦٨	ـ سكوت الفقهاء عن هذين النوعين من الجرائم	أ ـ ٢٦٠

رقم البند		الصفحة
٦٩	– جرائم التعازير مؤقتة وغير مؤقتة	أ ـ ٢٦٢
٧٠	– مقياس التمييز بين الجريمة المؤقتة وغير المؤقتة	أ ـ ٢٦٢
٧١	– تقسيم الجرائم غير المؤقتة	أ ـ ٢٦٢
٧٢	– أهمية تقسيم الجرائم مؤقتة وغير مؤقتة	أ ـ ٢٦٣
٧٣	– بين الشريعة والقوانين الوضعية	أ ـ ٢٦٥
68 - 73	– الجرائم التي تتكون من فعل مؤقت أو متجدد	أ ـ ٢٦٦ (138)

الفصل الخامس

المبحث الأول ـ فى تقسيم الجرائم بحسب طبيعتها الخاصة

رقم البند		الصفحة
٧٤	– تنقسم الجرائم بحسب طبيعتها الخاصة	أ ـ ٢٦٧
74	– لاداعى للقول بوجود مايسميه جرائم ضد الأفراد	أ ـ ٢٧٠ (139)
	– للقاضى سلطة تقديرية فى الشبهات التى تسقط الحدود	أ ـ ٢٧١ (140)

المبحث الثانى ـ فى تقسيم الجرائم بحسب طبيعتها الخاصة

رقم البند		الصفحة
٧٥	– التفرقة بين الجرائم العادية والجرائم السياسية	أ ـ ٢٧٢
75	– فى الجريمة السياسية معاملة خاصة للثائرين المتأولين	أ ـ ٢٧٣ (141)
٧٦	– متى توجد الجريمة السياسية	أ ـ ٢٧٤
٧٧	– المجرمون السياسيون	أ ـ ٢٧٥
76، 77	– البغى خروج أو ثورة على السلطة القائمة	أ ـ ٢٧٨ (142)
	– الضمانات المقررة لمن يخرجون بتأول شرعى على إمام شرعى	أ ـ ٢٧٩ (143)
٧٨	– الشروط التى يجب توافرها فى المجرمين السياسيين أو البغاة	
	أولاً ــ الغرض من الجريمة	
	ثانياً ــ التأول	
	ثالثاً ــ الشوكة	
	رابعاً ــ الثورة أو الحرب	أ ـ ٢٨٠-٢٨٣
78	– شروط الجريمة السياسية	أ ـ ٢٨٤ (144)



رقم الإيداع: ٢٠٠٠/١٩٣٤٠
الترقيم الدولي: I.S.B.N. 977 - 09 - 0680 - 8

مطابع الشروق
القاهرة : ٨ شارع سيبويه المصرى ـ ت: ٤٠٢٣٣٩٩ ـ فاكس. ٤٠٣٧٥٦٧ (٠٢)
بيروت : ص.ب: ٨٠٦٤ ـ هاتف : ٣١٥٨٥٩ ـ ٨١٧٢١٣ ـ فاكس : ٨١٧٧٦٥ (٠١)

الموسوعة العصرية
في
الفقه الجنائي الإسلامي

● هذه هى الطبعة الثانية منقحة وموسعة من كتاب التشريع الجنائى الإسلامى مقارنا بالقانون الوضعى المجلد الأول للقاضى الفقيه عبد القادر عوده الذى خصصه للقسم العام فى الفقه الجنائى الإسلامى، وهو أول فقيه يتصدى لإعداد هذه الدراسة فى فقهنا؛ حيث إن أسلافنا لم يقدموا لنا أى دراسة خاصة للقسم العام لأنهم كانوا يحرصون على دراسة كل جريمة على حدة من حيث إجراءتها وأحكامها وعقوباتها. وتبين لنا أن هناك تطورات فكرية وعلمية وضرورات اجتماعية وسياسية ودراسات فقهية وقانونية خلال الخمسين عاما التى مضت منذ صدور كتاب القاضى عوده تستلزم إضافات ودراسات جديدة تحوله إلى موسوعة عصرية فى الفقه الجنائى.

● وهأنذا أقدم القسم العام أملا أن يشارك أكبر عدد من زملائى من الأساتذة والباحثين المتخصصين فى دراسة جرائم القسم الخاص العديدة التى تتزايد كل يوم؛ لأن أهمية الموسوعة لا ترجع لعُدد أجزائها وصفحاتها وإنما تقاس بعدد الأساتذة المشاركين فيها وما يقدمونه من أبحاث ودراسات مستحدثة لمواجهة مشكلات العصر؛ لأن شريعتنا هى شريعة علم وفقه واجتهاد، وأحكامها هى ثمرة جهود متكاملة من أجيال متوالية من الأئمة والفقهاء والعلماء والباحثين وليست مجرد تقنينات تفرضها الدول.

د. توفيق محمد الشاوى